IHS.

POR

DOÑA MELCHORA SVAREZ DE PAREJA,

viuda de don Francisco de Pareja Suarez, Cauallero de la Orden de Santiago.

EN EL PLEYTO.

CON DON LORENZO DE VIEDMA, HIJO DE don Gaspar de Viedma, don Francisco de la Cueua, y doña Ana Guiral, todos vezinos de la Ciudad de Iaen.

Y CON

DON MIGVEL PEREZ SERRANO, HIJO DE don Alonso Perez Serrano, don Martin de Venauides y Monroy, don Leonardo de Valdiuia y Cardenas, vezinos de la Ciudad de Andujar.

SOBRE

La tenuta del mayorazgo que fundò en catorce de Diziembre del año passado de 1517. el señor don Alonso Suarez de la Fuente el Sauz, Obispo de Iaen, Presidente de Castilla, è Inquisidor General.

1 Conforme al Arbol, y clausulas de la fundacion q̃ se han dado impressas por el Relator, los principales cõpetidores en este pleyto, vienen ha ser, don Miguel Perez Serrano, nu. 38. del Arbol, don Lorenço Fernandez de Viedma, n. 36. y doña Melchora de Pareja, num. 35. Y sin embargo, para excluir doña Melchora, no solo à los referidos, sino tãbien à todos los demas opositores; y que se declare auersele transferido la possession ciuil y natural de los bienes deste mayorazgo, por el ministerio de la ley, con la mayor breuedad que fuere possible, se fundarán dos articulos, aplicando en cada vno la parte del hecho que le toca.

2 En el primero, se hará demostracion, que à todos los pretendiẽtes desta tenuta, les obsta excepciõ de cosa juzgada para ser admitidos en este juyzio por las executorias y papeles que estàn presentados en los autos.

3 En el segundo, que quando sin embargo, fuessen admitidos à doña Melchora, assisten, no solo todas las reglas de la sucession, sino la voluntad expressa del Fundador para conseguir vitoria, y excluir los fundamẽtos que se ponderan por las partes contrarias.

PRIMVS ARTICVLVS.

4 La sucession deste mayorazgo, tuuo principio en Diego Fernandez

Valtodano, primero llamado, que està en el Arbol, num. 7. y ſe continuò en Toribio Valtodano ſu hijo, num. 13. y en don Alonſo Valtodano ſu nieto, num. 22. que murio ſin ſuceſsion. Y por ſu muerte en 15. de Enero de 1602. ſe mouiò pleyto de tenuta en el Conſejo, por don Alonſo Suarez Valtodano, num. 16. nieto del Alcayde Iuan Valtodano, quarto llamado a la ſuceſsion, el qual ſe ſiguió con doña Beatriz Valtodano, que es la del num. 23. y don Alonſo Perez Serrano, num. 32. hijo de doña Maria Valtodano, num. 24. ambas hermanas del vltimo poſſeedor, y abuela la dicha doña Maria de don Miguel Perez Serrano, que litiga. Y aſsimiſmo fueron citados, y ſe ſiguiò el pleyto en rebeldia, con doña Ana de Cardenas, nu. 25. abuela de don Martin de Venauides, num. 39. que litiga. Y con don Gomez de Cardenas, num. 34. padre de don Leonardo de Valdiuia y Cardenas, que aſsimiſmo litiga, num. 40. y con otros que no eſtán pueſtos en el Arbol, como todo cōſta de la P. 1. fol. 350. donde eſtà vn tanto de la ſentencia de tenuta.

5 Y el fundamento principal que ſe alegò en eſte litigio, por el dicho don Alonſo Suarez, fue el hallarſe varon agnato del Fundador, y litigar cō hembras, y varones dellas, q̃ eſtauan excluidas por la fundacion; con lo qual en 28. de Agoſto de 1604. ſe dió ſentencia de tenuta en fauor del dicho don Alonſo Suarez, y en quanto a los frutos deſde la muerte de don Alonſo Valtodano ſe remitiò con lo demas à la Chancilleria, á dōde obtuuo carta executoria en propiedad, litigando cō dicha doña Beatriz Valtodano, don Alōſo Perez Serrano, y otros; y de la vltima ſentēcia eſtá ſuplicado por don Alōſo Perez Serrano, con la pena, y fiança de las 1500. y ſe vá ſigiendo el pleyto en el Conſejo, como todo conſta de la P. 4. del pleyto.

6 Con eſtos titulos poſſeyó eſte mayorazgo don Alonſo Suarez, haſta que por ſu muerte en 17. de Mayo de 1619. Pedro del Salto ſu hermano, q̃ es el del num. 17. preſentò vn traſlado dellos, ante la Iuſticia de Andujar, y pidiò poſſeſsion dèl, y ſe le mandô dar, que la continuò haſta 13. de Nouiembre de 1638. y por ſu muerte, doña Melchora pidio poſſeſsion ante el Corregidor de Andujar, como nieta de Iuan del Salto, hermano de los dichos don Alonſo Suarez, y Pedro del Salto, y q̃ como tal ſe hallaua en la linea cōtentiua del vltimo poſſeedor; à que ſe opuſo dō Alonſo Perez Serrano, y dicho Corregidor mandó dar la poſſeſsion a don Alonſo; y el Licēciado Plaça Abogado en Granada, y acompañado del Corregidor, por mandado de la Chanchilleria, la mandô dar â doña Melchora, y por auerſe lleuado emplaçamiento del Conſejo: deſde entonces ſe ſigue eſte pleyto en él, y los bienes, y rentas del mayorazgo, ſe adminiſtran por vn vezino de Andujar, en quien ſe mandaron ſecreſtar por dicho Corregidor.

7 De la ſentencia de tenuta referida, aunq̃ no ſe tenga atencion a la executoria de la propiedad, producta fuit res iudicata en fauor de don Alonſo Suarez, que la obtuuo, y ſu linea contra todos los deſcendientes de la linea de Diego Fernandez Valtodano, que como parece por el Arbol, fueron hēbras, y varones dellas, *l. 5. tit. 19. li. 4. Recop.* ibi: *Ordenamos, y mādamos, q̃ en los pleytos de tenuta, y poſſeſsion, que de aqui adelante ſe començarē en el*

nu-

nuestro Consejo, no aya, ni pueda auer suplicacion, ni otro remedio, ni recurso alguno, de la primera sentencia, que en ellos se diere, &c. vbi Narbona, *Glos. 1 nu. 4.* aduertit supplicationem, nec quoad effectum deuolutiuum admittendam, pluribus congestis Paz *de Tenuta capit. 12. numer. 12. cum pluribus seqq.* vbi, *numer. 94. huius legis mentionem fecit, & iterum, capit. 43. ex numer. 1.* Vbi: Quod res iudicata, quæ ex Tenutæ sententia producitur, quoad possess. sicut vincēti, & post eum sequentibus prodest, ita similiter victo, & ab eo caussam habentibus nocet, & tandem ita concludit, ibi: *Hac ergo radice primi contradictoris victa, & infecta in necessariam consequentiam victi, & infecti cēsentur omnes qui à primo contradictore descendunt, &c.*

8 Y aunque en el caso que trató en este capitulo 43. tuuo por opinion que se podia boluer à poner pleyto de tenuta, por el hijo de aquel que auia sido vencido, ratione illegitimitatis, fue por la especialidad del caso, porque si fuera por otro qualquiera, fatetur ingenuè absque difficultate procedere id de quo sermonē instituerat, dōde le dexamos citado, vt patet ex eius verbis, *num. 7.* ibi: *Et confirmatur hæc opinio ex eo, nam tunc sententia lata contra prædecessorem præiudicat successori, quando disceptatio est super validitate maioratus, aut institutoris potentia, &* voluntate, *vel bonorum qualitate aliave, simili causa: tunc enim sententia realis est, & primus contradictor nomine maioratus litigat, & contra ipsum maioratum sententia profertur, quamuis concipiatur in persona possessoris, & sic prædicta sententia tamquam realis præiudicat omnibus ad illum maioratū vocatis, & substitutis, &c.*

9 Et Christophor. de Paz opinionem sequitur, *additio ad D. Molin. de primogenijs, lib. 3. capit. 13. numer. 22.* Adonde haziēdo la misma distincion, in secundo membro, à nuestro proposito, ita ait: *Aut disceptatio in iuditio tenutæ fuit super validitate maioratus, aut bonorū qualitate, vel institutoris potentia, & voluntate, in alio iudicio tenutæ rei iudicatæ obstabit. Tùm quia sententia lata in vno iudicio possessorio, parit exceptationem rei iudicatæ in alio eiusdem naturæ, & qualitatis Bald. in l. si iudex nutriri, ff. de his, qui sunt sui, vel alien iur Ioann. Faber in §. retinendæ, num. 17. inst. de action. Iacob. Menoch. de retin poss. rem. 3. num. 819. quod in iudic. executiuo probant Socinus cons. 255. num. 6. ad fin. vol. 2. Camil. Lepid. decis. Lucensi 106. inter decisiones Lucenses, diuers. Mier. de Maiorat. 3 p. q. 17. à num. 18. Tùm etiam quia pro regula constituit auct. infra lib. 4. cap. 8. quod sententia lata contra maioratus possessorem, vel prædecessorem, præiudicium affert, sequentibus eiusdem cōditionis, & naturæ, quod verissimum iudicamus, &c.*

10 Neque huic verissimè de iure resolutioni obstare poterit; si se opusiere por las partes contrarias, que todo lo controuertido en las instancias de la tenuta, y de la propiedad, está pendiente de la segunda suplicaciō, que está interpuesta con la pena, y fiança de las mil y quinientas, en que actualmēte están haziendo muchas diligencias en el Cōsejo, para que se vea, y determine: Cōmunis enim, & satis stricta regula est in iure, quod donec supplicationis, aut recisionis pendet iudicium rei iudicatæ, exceptionem obesse non poterit, vt ex Felino, Sola, Surd. Gutier. Ceuall. & alijs comprobat Giurba, *deciss. 20. num. 9. & duobus seqq.*

11 Quia facillimé respondetur, que la cosa juzgada, que produce la sentencia de tenuta para otro juyzio possessorio de la misma calidad, eius est roboris ac firmitatis, que de ninguna suerte puede admitir suspēsion, ni aun

de

de volucion por la segunda suplicacion, vt optimê constitutum apparet, *ex l. 14. tit. 20. lib. 4. Recop.* ibi: *Ordenamos, y mandamos, que de las sentencias que de aqui adelante los del nuestro Consejo dieren en los pleytos, y negocios que ante ellos vinieren, ò al presente estàn pendientes, sobre la possession de los bienes de mayorazgo, no aya, ni pueda auer lugar la segunda suplicaciō, &c.* vbi Azeued. *n.* 1. Dom. Couar. *practicar. c.* 23 *n.* 8. vers. *Parisanè iure*, & Narbona *in d. l.* 5. *tit.* 19. *n.* 4.

12 Ex quibus apparet manifesté, que no solo obsta â las partes cōtrarias la excepcion de cosa juzgada, para ser admitidos en este juyzio de tenuta, quæ quidem litis finitæ est, & processum ad vlteriora impedit, priusque per iudicem de illa iudicandum est, adeò vt reseruari ad difinitiuam non posit vt vnus pro mille, quos laudat tradit Marius Giurb. *d. decis.* 20. *n.* 6.

13 Sino que tambien se han de repeler sus alegatos, y peticiones deste pleyto, por el impedimento notorio que les causa la prosecucion del de las mil y quinientas, de iudicio enim petitorio ad possessorium neutiquam actori datur regressus, in præiudicium rei, & eo reluctāte, *l. fundū, ff. de except. l. fundi eodem titul.* ibi: *Nec permittere petitori priusquam de proprietate constet, huiusmodi iudicijs experiri Auth. qui semel, C. quomodo, & quand. iudex, cap. caussam. 3. de dolo, & contumatia.* Vbi qui litem inchoauit, tenetur eam terminare, & nō potest ab ea desistere inuito collitigante, nê sit in potestate actoris iudicium, semel ceptum illudere contra regulam textus, *in l. si quis rem* 30. *ff. de recept. arbitr. l. si Prætor iusserit* 75. ibi: *Alioquin lusoria erunt huiusmodi edicta, & decreta Prætorum, ff. de iudicijs,* & non debet calcari iudicis auctoritas, aut processus, vt tradit Bald. *in l. qui crimen.* 3. *n.* 14. *C. de ijsque accus. non poss.* & in proposito plura cumularunt Carleu. *de iudicijs, tom.* 2. *disp.* 14. *n.* 2. *& seqq.* D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 13. *nu.* 61. *& cap.* 14. *n.* 16. *& in annot. num. etiam* 16. vbi eius additio innumeros cōgessit, Paz *de tenuta, cap.* 42. *per totum.* Que aunque en el caso que propuso, afirma, que se podia proponer la tenuta, non obstante iudicio proprietatis declaratorio intentato in vita vltimi possessoris, en el restitutorio, como es el que intentan las partes contrarias, nostram opinionem tuetur.

14 Et regula trita est in iure quod vbi liquidata sunt iura petitorij, ferri non potest sententia super possessione, de qua latissimé Ancharran. *cons.* 146. *Crauet. cons.* 246. *n.* 5.

15 Con que à nuestro parecer, quedan excluidos don Miguel Perez Serrano, y los demas pretendientes de Andujar, descendientes de Diego Fernandez Valtodano, primero llamado. De forma, q̄ no deuen ser admitidos en este pleyto de tenuta, mādandoles sigan su justicia en el pleyto de las mil y quinientas, que como de propiedad absorbet causam possessionis, iuxta text. *in cap. cum dilectus de caussa poss. & proprietatis* Gratian. *discept. forēs. cap.* 898. *n.* 9. Seraphin. *decis.* 1484. *n.* 8. cum alijs cumulatis à Ludouic. Postio *de manutent. obseruat.* 108. *n.* 24. *& seqq.* vbi quod obtinenti rem iudicatam in proprietate, nihilo obstante possess. ab alio adquisita, debet dari mandatū de manutenendo, y con esto quedan bastantemente resguardados para cōseguir su justicia, si la tuuieren.

16 Si-

 304

16 Simili etiam modo, aunque por diferente medio a don Lorenço de Viedma, y a don Francisco de la Cueba (que cada vno excluyendo al otro pretende ser descendiente de la hija mayor del Alcaide Iuan Baltodano(les obsta excepcion de cosa juzgada, y no deuen ser admitidos en este juizio de tenuta, quód probatur.

17 Porque auiendo vacado este mayorazgo, y el q̃ doña Melchora está posseyendo, por muerte de Pedro del Salto, num. 17. en 13. de Nouiembre del año passado de 1638. como consta del testimonio, dado por Diego Garcia Monreal, que está en el rollo del pleito fol. 5. el mesmo dia don Gaspar de Viedma, num. 29. y don Iuan Cobo num. 31. del arbol, padres de don Lorenço, y don Francisco, presentaron peticion ante la justicia ordinaria de la Ciudad de Iaen, pidiendo la possessión de ambos mayorazgos, y la causa que representaron, fue el ser descendientes varones de la hija del Alcaide Iuan Baltodano, y doña Mayor de la Cueba su muger, como consta de la pieza onze, fol. 24. & seqq. Y la misma razon alegan de presente en este pleito, como consta de sus alegatos, que estân fol. 67. & fol. 102. & seqq. Y sin embargo auiendose proseguido el pleito ante la justicia ordinaria de la ciudad de Iaen, y por apelacion en la Chancilleria, fueron vencidos por tres sentencias conformes, en possessorio plenario, de que está presentada en este pleito la carta executoria, que es la pieza onze.

18 Con lo qual constat aperté, que a los dichos Don Lorenço, y Don Francisco obsta excepcion de cosa juzgada, para en quanto a este pleito de tenuta, por todas las doctrinas que dexamos assentadas, supra ex numer. 7. cum seqq.

19 Sin que pueda ser de embaraço, si se opusiere, que aunque concurran las dos calidas, nempé eadem conditio personarum, eadẽque causa de petendi, falta la tercera, quod sit super eadem re, supuesto, que como es notorio este mayorazgo, y el que possee doña Melchora son distintos, y se fundaron por el señor Obispo, el vno en Diego Fernandez, y el otro en el Alcaide Iuan de Baltodano, aunque los llamamientos del Alcaide, y de sus hijos, y hijas, es el mesmo en el vn mayorazgo que en el otro, como se podrá ver, cotejando ambas fundaciones, que estân en este pleito presentadas.

20 Compertum enim est in iure, quod si petitionis origo pendet ex eodem fonte licet res diuersa petatur exceptio rei iudicatæ obstat, vt tradit Cõsultus in *l. Iulianus* 3. *l si quis cum totum* 7. *§. & generaliter, vbi Paulus de Castro, l. si mater* 11 *ff. de except. rei iudicatæ*, vbi scrib. communiter, & præter illos, Hugo Donellus *commentariorum, lib.* 22 *c.* 5 vbi Osualdus *litte. E.* plura cumulauit Petrus Surdus *cons.* 312 *n.* 26. Ponte *cõs.* 49 *n.* 3. 8. *&* 9. *cõs* 62. *n.* 47. *cõs.* 90. *n.* 12. Lanar. *cons.* 65. *n* 9. *& duobus seqq* latissimè Marius Giurba *decis* 20. *n.* 2 *& seqq* Castillo *tom.* 5. *controu. cap.* 104 *vbi n.* 28. post lõgã disput. ita scripsit: ibi. *Rei iudicatæ obstat exceptio, licet ad rẽ diuersam agatur, si pendet ex eodẽ fontè, & eadẽ est origo: hoc enim potissimũ in exceptione rei iudicatæ est, vt totum à causa, idest origine petitionis pẽdeat, vsque adeò, vt si eadẽ res ex alia causa petatur, quã ex illa ex qua primò petita erat, idest si alia est origo petitionis rei iudicatæ, non obstat exceptio, & dicitur diuersa res, & è contra si verè agitur de re diuersa, sed eadem est origo petitionis, dicitur per interpræ-*

tationem eadem res, & rei iudicatæ obstat exceptio, &c.

21 Con lo qual Doña Melchora de Pareja, aplicando a cada vno de sus contrarios las dos cartas executorias, que tiene obtenidas en el juyzio possessorio, por su persona, y la de don Alonso Suarez, en cuya linea contentiua se halla: y por cuyo derecho pretende suceder en ambos mayorazgos, como los tuuieron el dicho don Alonso, y Pedro del Salto, hermanos de su abuelo, meritò illis referre poterit verba Iurisconsulti Pauli relata *in l.6. ff. de except. rei iudicatæ*, ibi: *Singulis controuersijs singulas actiones, vtrumque iudicati finem sufficere, ne aliter modus litium multiplicatus, summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maximè si diuersa pronunciarentur. Parere ergo exceptionem rei iudicatæ frequèns est.* Cum alijs congestis à Dom. Valençuela 2. *tom. cons.* 123. *ex num.* 6. vbi quod post rem iudicatam nihil aliud quæri potest, id quod laté comprobat, ex *l. post rem, ff. de re iudicata*, & Casiodoro, & alijs, quibus addimus verba legis 11. *tit.* 17. *lib.* 4. *Recop.* ibi: *Y que por las dichas sentencias se entiendan ser acabados, y fenecidos los dichos pleitos, sin que se puedan tornar a mouer, ni suscitar, ni tratar en manera alguna.*

22 Y lo mismo parece que se deue hazer en nuestro caso, reseruando a los pretendientes de Andujar su derecho, para que le sigan en el juizio petitorio de las mil y quinientas, y a don Lorenço de Viedma, y a don Francisco de la Cueba en la Chancilleria, a donde despues de sentenciada esta causa en el juizio de Tenuta, se deue remitir precisamente, iuxta decision. text. *in d. l.* 15. *tit.* 19. *lib.* 4. *Recop. & l.* 8. *tit.* 7. *lib.* 5.

23 Sed tamen ne vllus dubitationi locus relinquatur: auemos de probar que a doña Melchora asisten todas las reglas de la sucesion juntamẽte con la voluntad del señor Obispo, y que no pueden embaraçar las oposiciones que se han hecho por las partes contrarias, como se verà en el articulo que se sigue.

SECVNDVS ARTICVLVS.

24 A Doña Melchora asiste en este pleito la precedencia, y prerrogatiua de la linea, por hallarse como se halla nieta legitima de Iuan de Valtodano, hermano del vltimo posseedor, quæ quidem primum locum obtinet in succesionibus, *cap.* 1. *de natura success. feudi, l.* 2. *tit.* 15. *part.* 2. vbi Gregorius, verbo. *Sino el fijo mayor*, D. Couarr. *pract. quæst. cap.* 38. *num.* 6. & *lib.* 3. *variar. cap.* 5. *num.* 3. Auendaño *in l.* 40. *Tauri, glos.* 20. *num.* 29. Dom. Molina *lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 13. & *cap.* 8. *num.* 17. Castillo *controuer. lib.* 5 *cap.* 92 *num.* 52. & *cap.* 93. *num.* 9. *vers. Indè*, & §. 1. *num.* 24. Gutierrez *lib.* 3. *pract. quæst.* 67. *num.* 53. Addit. ad D. Molinã *d. lib.* 3. *cap.* 4. *nu.* 14. in fin. ibi: *Tandem pro regula statuendum censeo, quod in successione maioratus ratione lineæ præfertur quis omnibus prætensoribus, etiam si sint proximiores in gradu, & in alijs qualitatibus. Et hæc sententia in praxi, & vsu forensi recepta est, secundum ipsam naturam maioratus qui recto ordine defertur*, optimè Franciscus Censal *in Addit. ad Peregrinum artic.* 20. *pa.* 46. *vers. Prima ergo sit conclusio*, vbi alios adducit D. Valençuela *cons.* 97. *num.* 13 & *seqq.* Sueiues *cons.* 95. *num.* 2. *vol.* 1.

25 Y es tan poderosa para gouernar la sucesion, que mientras ay persona, ò personas de la linea del vltimo posseedor, neutiquam fieri transitus

po-

poteit ad aliam lineam, nisi prima omnino sit extincta, & euacuata, *d. cap. 1. §. fin. de natura success. feudi*, ibi: *Ad solos, & ad omnes, qui ex ea linea sunt de qua iste fuit*, & ibi: *Omnibus huius lineæ deficientibus, omnes aliæ lineæ æquiliter vocantur, l. tutela, § sed & si ab hostibus, ff. de legitim. tutoribus, d. l. 2. tit. 15 part. 2. &* ibi: *Gregorius, gloss. 18.* optimus textus *in l. hæredes mei, § fin. ff. ad Trebell.* ibi: *Propter gradus fideicommissi præscriptos, l. filius 42. § qui filios: ff. de bonis libertorum*, ibi: *Et sine dubio, qui sequentis gradus sunt non admittuntur interim, l. 1. § si intra, ff. de success. edicto, l. cum testamento, ff. de hæred. instit.* vbi Baldus notat *quòd gradus sub alternis, nunquam possunt primo gradui coniungi, quia ordo facit conditionem, vnde primus inclusus excludit posteriores*, Franciscus Censal *in loco proximè laudato pag. 47.* vers. *Secunda conclusio*, qui pro hac opinione ex nostris, & alienigenis triginta Doctores refert, & præter ibi laudatos, tradũt D. Valençuela *cons. 97. num. 11 & seqq.* Ziriacus *controuers. lib. 2. controu. 2. num. 51.* Suelues *d. cons. 95. nu. 4 & 5.*

26 Neque his de iure, & de natura maioratuũ valissidimis fundamentis quidquam obesse poterit, si ex aduerso opponatur, que doña Melchora no es descendiente, & sic de linea recta de Pedro del Salto Valtodano, vltimo posseedor, sino transuersal, por ser nieta de Iuan del Salto, que fue hermano del dicho Pedro del Salto, y de don Alonso Suarez Valtodano, que posseyeron ambos, y mas compitiendo oy en la sucession con varones cognatos de la linea de Diego Fernandez Valtodano, primero llamado a la sucession deste mayorazgo, y con don Lorenço, y don Gaspar de Viedma, descendientes de las hijas del Alcayde Iuan Valtodano, que es el mesmo de quien desciende doña Melchora.

27 Respondetur enim magis receptam, atque seruatam conclusionem esse filiã, siue sororẽ, aut consobrinã vltimi possessoris ad maioratus successionem, mortuo patre, siue fratre, aut auunculo, exclusis masculis vlterioris lineæ foré admittendam; quamuis masculi in institutione maioratus, cum prælatione ad fœminas fuissent vocati, ita enim eruditè probant, & pro hac conclusione Consulti responderunt, Andreas de Ysernia *in cap 1. sub titulo, de eo qui sibi, & hæredibus suis, num. 13. & 14* vbi Matthæus de Afflictis, Petrus de Bella Pertica *in l. pater, §. quindecim, ff. de leg. 3.* Bald. *in l. in multis in principio, ff. de statu hominum, & in cons. 275. lib. 2.* Parisius *cons. 81. num. 20. lib. 3.* Castrensis *cons. 47. lib. 1.* Roman. *cons. 98. num. 2.* Ancharranus *cons. 339.* quod est Magistrale in materia, Surdus *cons. 316. nu. 12. & 317. n. 38. lib. 3.* Morotius *cons. 30. in fine*, Lofredus *cons. 39. per totum*, Peregrinus *cons. 25. num. 19. & 20. lib. 1.* Burgos de Paz *cons. 29. num. 8.* Tiraquellus *de primog. quæst. 10. num. 21. & quæst. 14. num. 25.* Palacios Rubios *in repet. Rubricæ, §. 69. num. 25. & 26.* Alexand Raud. *de Analogis, cap. 15. num. 290. cum seqq. lib. 1.* Mieres *de maiorat. part. 2. quæst. 6. sub numer. 7.* Spino *de testament. glos. 19. num. 87.* vers. *Tum enim*, Ioann. Gutierrez *practic. lib. 2. quæst. 80* Dom. Molina *de primog. lib. 3. cap. 4. num. 42.* de cuius doctrina latius inferius agemus, & ibi addit. *& ad lib. 3. cap. 5. num. 72.* vbi ex professo quæstione disputat, & tandem multis proiectis fundamentis nostram opinionem tuetur Castillo *tom. 5. controuers. cap. 143. §. vnico n. 12.*

D. Io

D. Ioseph. Vela, *dissertatione* 49. *n*. 70. 71. *&* 74. Adonde con muchos funda mẽtos assientã por llano auerse de preferir la hija hermana, aut eaquę proxi mior sit vltimo maioratus possessori, â los pariẽtes varones de otras lineas optimé Francisc. Censal. ad articul. 20. Pereg. pag. 48. & seqq. vbi pag. 49.

Vers. secund. ampliatur asserit conclusionẽ á nobis adductam fore obseruandam, etiam in conscientiæ foro ex Dominico de Soto, Molin. & alijs quos laudat.

28 Et in vers. *tert. & tandem*, in nostro proposito similia protulit, verb. ibi: *Tertio, & tandem eadem ipsa conclusio extenditur, atq; ampliatur, per infrascriptos Doctores, vt etiam si testator declaret suam intentionẽ, quod velit præferre masculos fœminis cum solita, & assueta clausula* Masculis fœminis præferendo, *id intelligatur existentibus masculo, & fœmina in eadẽ linea: si enim masculus, est in diuersa, & fœmina in admissa, nõ admittatur masculus, sed præferatur fœmina*, Gaspar Anton. Thesaur. plenissimé in præcitata *quæst*. 12. *à n*. 34. *lib*. 2. Casanate *cons*. 47. *à n*. 2. *&* 3. Molin. *de Hispanior. primog. citat. lib*. 3. *cap*. 4. *n*. 13. *&* 18. *cùm duobus seqq. & cap*. 5. *n*. 71. Valenç. *cons*. 94. *sub n*. 111. *&* 112. Fontanel *præ citata, decis*. 35. *à n*. 11. 22. *&* 23. Vbi testatur ita declarasse Senatum in magna causa statum Cardinæ, quam refert ad litteram Ramon cons. 100.

29 Quoque omnium ea potissima ratio, porque doña Melchora, aunque no descienda del vltimo posseedor, está en la linea contentiua, vt præ ceteris tradit Ruinus cons. 158. n. 10. lib. 153. Tuschus littera A. conclus. 244. n. 14. & latius dicemus inferius.

30 Menos fundamento tiene la oposicion que se haze por dõ Miguel Perez Serrano, y los demas pretendientes de Andujar, nempé, que auiendo faltado la causa, porque fue vencida la linea de Diego Fernandez Valtodano, por don Alonso Suarez, como varon agnato del señor Obispo, oy que cõpiten con doña Melchora, se ha de boluer à reintegrar por la precedencia q̃ primitiuamente le dió el Fundador, in idque expendere poterũt Menoch. Fontanell. Martã, Tiberium Decian. Casanat. & alios quos refert Additio. ad Molin. d. lib. 3. cap. 5. num. 72. vers. alij in contrarium sentiunt, & pro fœmina exclusa anterioris lineæ, &c. Porque á esta duda se dará satisfaciõ, *infra ex num*. 85. *& seqq*.

31 La segunda regla que assiste â doña Melchora, y le dá prelacion à los demas opositores, es la proximidad, respecto del vltimo posseedor, *l. cùm ita legatur, §. in fideicommisso, ff. de legat*. 2. ibi: *Et qui ex his primo gradu procreati sunt*, tradunt Bart. Salicetus Alciatus, Socin. Roland. Cephal. Decian. Iulius Clarus, Valasc. & alij quam plures laudati â Dom. Valençuel. Velazq *cons*. 97. *num*. 17. Dom. Molin. *de primogenijs, lib*. 3. *cap*. 4. *n*. 14. vbi Additio. innumeros congerit.

32 La tercera regla, ó por mejor dezir, el titulo con que se halla doña Melchora, para que se declare auersele transferido la possessiõ deste mayorazgo, es la carta executoria, obtenida en cõtradictorio juyzio, sobre la propiedad, quæ quidem de sui natura producit mandatum de manutenendo in posses-

possesione, vt tradunt Ancharran. Crauet. & alij quos laudant Estefan. Gratianus, *discept forens. cas. 898. numer. 18. & 19.* Ludouicus Postius *obseruat. 108. num. 26. & seqq.* 303

33 La quarta, y mas principal regla, con que doña Melchora se incluye en la sucesion deste mayorazgo, y excluye igualmente à todos los opositores en este pleyto, es hallarse en la linea del vltimo posseedor, y mas cercana en grado, à tiempo que como parece del Arbol, no ay varon agnato, que le pueda competir la sucesion; y llanamente està verificada la opinion comũ de todos los Doctores de nuestro Reyno, y estraños, qua cauetur, quod linea masculorum, aut masculina defficiẽte, debet succedere fœmina vltimo possessori proximior, exclusis cognatis vlterioris lineæ quando agnatio fuit limitata ad certas personas, aut fundationis verba, & testatoris mens, nõ refragantur, vt optimê tradit maximum luminare nostrum Gregorius in quã *in l. 3 tit. 13 part 6 Glos 2 q. 4* ibi: *Quid autem si conditor maioriæ voluit quod maioria deueniret ad filios masculos, & masculos descendentes ex eis per lineam masculinam: ita quod non veniat ad fœminas an in defectum filiorum masculorum veniet fœmina? Videtur quod si conditor maioriæ voluit maioriam esse perpetuam, quod tali casu deficientibus masculis fœmina succedet in maioria, facit d l. agnato, & quod ibi notat Bart. si tamẽ hoc non constaret, videtur, quod in persona vltimi masculi decedentis expirent vincula maioriæ, &c.*

34 Cuius egregia resolutio radices mittit altas in visceribus iuris communis, & maximé maioratuum Hispaniæ nostræ naturam amplectitur, vt videre est ex text. *in l. Inde Neratius de vsufructu ac crescend.* ibi: *Ad eam enim partẽ reddire debet à qua initio diuisus est, & successio formæ, suæ redditur, l si vnus §. pactus, ff de pactis, l. interdum, §. 1 de hered inst.* vbi. Glos. *verb. Resoluitur*, ibi: *volũtatem testatoris in potestatem iuris resolui, l. filium quem pater, ff. de lib. & posthum*, ibi: *Non translatus, sed redditus videtur, l. 2 § si mater ff. ad Tertyll.* ibi: *Cũ enim cessit prælatio matre omittente senatus consulti beneficio ius succedit vetus, l. si instituta, l. pater filium, l. si is qui, ff. de inofficioso testam.* optimè Bald. *cons 330 nu. 2. lib. 3 & cons. 52. in fin. lib. 4* ibi: *Successio retrocedit ad suum stipitem non destitutum, sed tẽporaliter intermissum vigente in sua radice.*

35 Et in nostris terminis nempè, de estar excluydas las hembras por varones agnatos, que faltando estos, aya de entrar en ellas la succesion, si son de mejor linea, cõ prelaciõ à los varones de otras posteriores, Socin. Senior. *cons. 31. num. 2. vol. 1* Corneus *cons. 90. num. 12. in fin. vol. 3.* Decius *consil. 71. num. 1.* Beccius *cons. 73. num. 103.* Crauet. *cons. 328. nu. 18. lib. 3.* Cephal. *cons. 46. num. 45.* Decian. *cons. 127. num. 10.* Riminald. *cons. 482. num. 32.* Peregrin. *cons. 139. num. 5. lib. 3.* Caualcan. *decis. 18. num. 1. part. 3.* Surd. *consil. 403. num. 13.* ibi: *Nulli dubium est quod fœminæ excludũtur ab statuto prædicto propter agnatos, vbi verò agnati non succedunt, vel non possunt succedere, tunc cessat causa exclusionis: ergo merito iure cessare debet fœminarum exclusio* D. Molin. *lib. 1. cap. 6. num. 27. & lib. 3. cap. 5. num. 76.* ibi: *Fœmina, semel exclusa à succesione maioratus, non censebitur perpetuò exclussa, sed solum suspensa durante causa exclusionis*, vbi Addit. plures cumulat, & idem tenuerat, *in eodem cap. 5. num. 30. & seqq.* Dom. Valençuel. *cons. 40.*

num.30.verf.*Solum*,& latius,*conf*.67.*n*.79.vbi quod deficientibus mafculis ex mafculis poterint fucedere.

36 Quæ quidem regula non folum procedit à fauor de hija del vltimo poffeedor,fino de qualquiera hembra immediata proximæ lineæ contra varon de hembra alterius remotioris,vt tradunt in puncto Caftillo *d.lib*.5.*cap*.143.*§.vnico*, *n*.12 ibi:*Sed pro ipfa vltimi poffefforis maioratus filia,vel forore, aut fœmina ei proximiori contra mafculum cognatum expendi poffunt, & illud quidem quod multum aftringit,quòd fi in terminis dubij hactenus propofiti fupponimus femper agnationis rationem præhabitam fiuè agnationem confideratam conferuatamque fuiffe,eo quidē ipfo atque in neceffariam confequentiam mafculi omnes cognati,ficq; ex fœminis defcendentes exclufi dicuntur,&c.* iunctis traditis *n*. 13.ibi:*Quod fi deficiant* (nēpe mafculi agnati) *& in dubium reuocetur quis eorum,aut fœmina an mafculus cognatus remotior ad maioratus fuccefsionem admittendus fit, cum cafus non reperiatur ab inftitutore deciffus,fed omnino omiffus,aut forfan non excogitatus iuris communis difpofitioni, & regulis ordinarijs fuccefsionis maioratuū videtur relictus,vnde eifdem gubernari,& decidi debet,vt conferuata fcilicet maioratus perpetuitate,fœmina ipfa vltimi poffefforis, filia,vel foror aut ei proximior fuccedat, vtpote cum eodem gradu proximior fit atq; ita ex regulis omnibus fuccefsionis maioratus fundet intentionem fuam contra quofcumque contradicentes,& fe liti opponentes , & fic contra mafculos etiam cognatos remotiores fœmina namq; mafculo eiufdem lineæ,& gradus deficiente ad Regni , & primogeniorū inferiorum fuccefsionē admititur,cœterofq; excludit vt expreffe decidit l.2.tit. 15.p.2.* & profequitur , con muchos fundamentos en comprobacion defto.

37 D. Iofeph Vela,*D.difertatione* 49.*à n*.70 vbi:*Sic, & eadem ratione fi maioratus limitatæ fit agnationis,mafculis omnibus agnatis deficientibus in linea , vel lineis, in quibus illi tantum fœminis exclufis,vocati funt,fuccedere debet fœmina agnata , quæ vltimo poffeffori proximior reperiatur,nè,& hic illud abfurdi eueniat,quod cum ipfa aliàs fuccedendi capax fit,folaque ex ea linea proximior fuperfit,ratione infirmioris fexus excludatur,fiuè a mafculo cognato remotiore eiufdem lineæ,fiuè etiam ab agnato alterius,* y profigue latamente en comprobacion defta opinion,& maximê, *n*.74. y defpues en todos los figuientes hafta el fin refponde con grande erudicion à todos los fundamentos que auia ponderado antes por el varon de hēbra.

38 Y el fundador tuuo tan delante de los ojos la regla de Gregorio Lopez, que dexamos referida,que no folo en el contexto de toda la fundaciō pufo la palabra *Mayorazgo,perpetuamente,para fiempre jamas*, y otras quæ omnimodā perpetuitatem denotant,funtque comprehenfiua omniū temporum,& cafuum iuxta laté adducta á Gregorio Lopez *in l.2.tit*.15.*p*.2.*gloffa verbo,maioria*, D. Molin. *de primog lib*.1.*cap*.1.*n*.1.& *cap*.4.*à n*.39. vbi. Additio Valençuela *conf*.40.*n*.73.*conf*.69.*n*.7.& *conf*.97.*num*.211. Por no incurrir en el inconueniente que ponderò Gregorio,de que en el vltimo agnado quedarian los bienes libres.

39 Sino que para afiançar mas la perpetuidad de la fucefsion, y no dexarla a la difpoficion de derecho,ni que necefsitaffe de interpretacion , y aunque en lo difpofitiuo de los llamamientos que hizo en los varones agnados por linea derecha mafculina,excluyendo las hembras,y prefiriendo los varones de otras lineas de quibus inferius agemus ex num. 63.

40 No fe hallarà claufula adonde explicando,y declarando fu concepto defpues de auer formadò el llamamiēto dexaffe de añadir,*prefiriendo el*

varon

304

varon a la hembra, & iterum en la clausula *n*. 15. por via de regla, ibi: *Porque nuestra voluntad es, que todos los varones legitimos sucessores vuestros, y de vuestros descendientes prefieran a las hembras.* Y en la clausula, *n*. 20. ibi: *porque nuestra voluntad es, que todos los fijos, è nietos, è descendientes varones prefieran à las hembras.*

41 Con lo qual llanamente se conuence que dio llamamiento expresso à las hembras, y inmediato à los varones agnatos, iuxta textum, *in l. cum filius §. pater cum filia, ff de leg. 2. l. 2 §. si mater*, vers. *Cum enim esset prælatio ff. ad Tertullianum, § præferuntur autem iustitia eodem, l 3. § posse*, ibi: *Et præferre filio nepotẽ, ff. de assign. lib. l. fin. ff de fundo instructo*, ibi: *Semper seniorem iuniori, & amplioris honoris inferiori, & marem fœminæ, & ingenuum libertino præferemus, l. Lucius 85. de hered. instit.* ibi: *Non enim solum fratrem prætulit substitutis, sed eius liberos, l. si fratres, §. idem respondi. ff. pro socio*, ibi: *Vel cognatũ vlteriorem proximioribus præferre, auth cessante, C. de leg heredibus*, ibi: *Et quidem filius licet tertio gradu sit, præfertur fratribus defuncti.* Socinus Senior, *cons. 19. n 5 lib. 1 & iterum n.* 20. ibi: *Quia in ipsis dictum fuit, quod masculus fœminæ præfereretur, & hic videtur voluisse cõcedẽs vocare fœminas deficientibus masculis.* Peregrin. *de fideicommissis, art. 25. n.* 51. optimè Anton Bell. *cons 72 à n 30 vsque ad 36.* ibi: *Quia prælatio non cadit, nisi inter personas habentes ius in quo de prælatione disputetur toto tit ff. & C. qui potior.* Faquineus *lib. 4. controuers. c.* 51. donde despues de auer referido las palabras *d. l. Lucius de hered. inst.* ibi: *Non enim fratrem solum prætulit substitutis, sed eius liberos*, prosequitur ibi: *Scæuola respondit etiam liberos prælatos fuisse substituto, at si vocati non essent, non possent videri esse prælati, ergo sunt vocati. & quidem ante substitutum* D. Molina *lib. 2. cap* 17. ibi: *Nota quod si masculus in institutione maioratus præfertur fœminæ, eo ipso fœmina admissa censetur*, vbi. Additio alios cumulat, Castillo, *lib. 5. c. 82 à n. 82 vers. Azeuedus*, ibi: *Aliàs si non haberet vocationẽ frustra de prælatione disputaretur*, latè Menochius, *cons. 106 n. 247 & cons 152 n. 13. &* 14. Thesaurus *decis. 96. n.* 5. ibi: *Cùm vtatur S. C. verbo prælationis, quod esse non potest, sine expressa vocatione.*

42 Optimè Rota penes Rubeum *decis. 152. in impressis ab anno 1631. vsque ad annum* 1634 cuius tenor etiam reperitur, *in repertorio Farinacij de vltimis volunt. decisione* 12. a donde in fortioribus terminis, nempè de vna disposicion donde estauan llamados los varones, y excluydas las hembras solo porque se dize en ella, que las hijas del vltimo llamado no se prefieran a las de los primeros, decidio la Rota que tenia llamamiento la hembra del vltimo llamado, que auia quedado, muertos los varones, y refiere muchos fundamentos para ello, y responde concluyentemente *à la glossa de la ley Lucius de hered. inst.* & tandem concluye, ibi: *Vnde dicendum est nos versari in puris terminis, quando in dispositione vnus in successione alteri præfertur, quo casu ex supra dictis, omnes sunt vocati gradatim vnus post alterum, &c.*

43 Et in fortioribus terminis, nempe etiã si addita fuerit dictio semper præferendo, &c. Porque se entiende que siempre, y en qualquiera tiempo que en las vacantes concurriesse hẽbra con varon, este se præfiriesse a aquella siendo eiusdem lineæ, & gradus, ò vn tio, hermano de su padre, latè tradunt Mantica, *lib. 23. de tacit. & ambigu. conuent. tit. 35. num. 4. & à n. 17.* Angulo *de meliorat. glossa 11. n. 14. & seq.* Castillo *lib. 5. cap 143. §. vnico n. 14.* Thesaurus, *quæst. forens. 12. lib. 2. ex n.* 54. vbi plures laudat Francis-

cus Censal *d.pag.*51.vers. *Respondetur primo,quod illa dictio semper*, vbi plures congerit.

44 Con lo qual euidentissimè nostro videri constat, que auiendo sucedido el caso de faltar los varones agnatos, y sus lineas, en tiempo que doña Melchora se halla en la del vltimo posseedor, que fue Pedro del Salto, nieto del Alcayde Iuan Valtodano, q̃ tenia su llamamiento expresso en la clausula, *num.*24. Adonde despues de auer llamado al Alcayde, añadiò las palabras siguiẽtes: E *despues dèl sus fijos, è nietos, è descendiẽtes varones de legitimo matrimonio nacidos por linea derecha masculina, prefiriẽdo el mayor al menor, el varon à la hembra, y el sobrino al tio.*

45 En esta misma clausula, tiene doña Melchora su llamamiẽto expresso, y literal en las palabras, *prefiriendo el mayor al menor, el varon à la hembra, el sobrino al tio*, con el qual vniformemente excluye â todos los pretendientes que compiten la sucessión deste mayorazgo, que se reduzen à dos cabeças, que son los de la linea de Diego Fernandez Valtodano, que se halla postergada, y vencida por don Alonso Suarez, y los de las lineas de las hijas del Alcayde Iuan Valtodano, porque no ha llegado el caso de su llamamiento.

46 Constat enim quod Gerundium illud *præferendo*, de sui natura conditionẽ importat, vt per text. *in l. situ ex parte Glos. verb. adeundo, ff. de adquir. hæredit.* tradit Bart. *ibidem in fine, & in l.* 1. *n.*36. *ff. de condit. & demõstrat.* & cum Iassone, Corneo Decio, Ruino, Parisio, Socin. Chasan. Bertrando, & alijs tradit Petrus Surd. *cons.*38. *n.*23. *& cons.*72. *n.*1. *& cons.* 110. *n.*7. *&* 8. Azeued. *in l.*3. *tit.*10. *lib.*4. *Recop. num.* 47. *& seqq.* Thuscus *littera G. conclus.*41. *num.*4.

47 Et quando ponitur sine copula, eius proprium est, distinguere, & declarare orationem precedentem, vt per text. *in l. vim facit, ff. de vi, & vi arm. & in l.* 1. *C. de his qui latro. occultant*, tradunt Andreas Ziasi *de Gerundijs, num.* 10. *tom.* 18. Bald. *cons.*212. *quidam prætenso. num.* 4. *lib.*3. Tusch. *d. conclus.*41. *n.*1. *&* 2.

48 Que fue lo mismo que si dixera, que los llamamientos que auia formado de varones por linea masculina, era con tal calidad, y condicion, que en qualquiera tiempo que faltassen, el mayorazgo quedasse regular con la clausula ordinaria, *prefiriendo el mayor al menor, el varõ a la hembra, &c.* Dandole à cada vno su lugar separado, iuxta regul. text. *in l. ex facto, §. item quæro, ff. de vulgar.* ibi: *Et magis est in vtroque tempus suum separatim seruare, l. æquissimum, §. si prius, ff. de bonorum poss. secund. tabul.* ibi: *Nec sibi iungentur, cum ad suam quisque causam substitutus sit*, & quæ ibi tradunt Doctores, & præter illos Alex. *cons.*119. *n.*2. *lib.*5. Ruinus *cons.*9. *nu.* 3. *lib.* 1. Cephal. *cons.*30. *n.*30. Mieres 2. *p. q.*6. *n.*49. ibi: *Vbicumque fœminæ sunt vocatæ difficientibus omnibus filijs masculis, illa pluralitas resoluitur in singularitates, & sic quod si quilibet ex masculis habet filiam, illa censetur vocata*, Anton. Bellen. *d. cons.*73. *n.*32.

49 Y esta inteligencia parece tã precissa, que si nos apartamos della à ...

mismo tiempo, testatoris voluntas diuisa, & contraria inspiceretur; pues en tantos llamamientos como hizo de varones por linea derecha masculina, que no se pueden verificar sino en los agnatos, vt infrà probauimus ex n. 61. en todos se halla la clausula *prefiriendo el varon à la hembra*: y en algunos duplicada, la qual es de mayorazgo regular: quòd tamquam alienum amẽte tanti fundatoris credendum non est, sino que fue, ò deuiò ser vniforme, *l. eumqui, §. pro parte de his quib. vt indig.* ibi: *Neque enim rationem iuris ac possessionis varietatem inducere diuisionem voluntatis* tradunt Mantic. *de coniectur. lib. 11. tit. 23. n. 15.* Decian. *cons. 82. n. 14. vol. 3.* Fussar. *q. 403. n. 6.* Stephan. Federicus *de qual. contract. capit. 14. num. 22.* Castill. *lib. 5. cap. 181. num. 10.*

305

50 Et quod incontinenti se corrigere noluit, quod ius abhorrte, iuxta text. *in l. eum qui voluntatem, ff. de probat. l. si mihi, §. fin. ff. de legat. 1. l. at quæ conditio, ff. de condit. & demonstrat.* Aretin. *cons. 165. num. 5.* Bursatus *cons. 364. n. 57.* Riminal. Iunior *cons. 108. n. 3.* Cancer. *1. variar. c. 4. n. 13.* Fõtan. *decis. 50. n. 12.* Gratian. *disceptat. 84. n. 4.*

51 Aut denique quod clausula illa toties repetita *prefiriendo el varon à la hembra*, fuit inutiliter, & sine effectu operandi adiecta contra regulam textus, *in l. si quando in princip. ff. de legat. 1. l. general. §. 1. ff. de vsufruct. legat.* cum alijs adductis à Castill. *lib. 4. cap. 37. n. 1. & seqq.*

Exclusion de don Alonso, y don Miguel Perez Serrano, y demas pretendientes de Andujar, que son de la linea de Diego Fernandez Valtodano.

52 Aunque con la excepcion de la cosa juzgada, y cartas executorias, que doña Melchora tiene presentadas en los autos deste pleyto, parece que llanamente està cerrada la puerta à estas partes para ser admitidos en èl, y que quando lo fueran (quod negamus) se halla amparada con tãtas reglas q̃ la fauorecen, & quod magis est, con assistencia expressa de la voluntad del Fũdador, vt suprà latè comprobatum manet adeo, que no necessita de mas apoyo su justicia, tamen ex abundanti, & né vllus dubitationi locus relinquatur, auemos de mostrar que no solo les falta llamamiento en la fundacion deste mayorazgo, sino que antes estàn excluydos justamente, assi por las dos executorias de possession, y propiedad, como por la voluntad del Fundador.

53 Para lo qual, y proceder con toda claridad, se han de distinguir dos tiempos. El primero, quando sucedio la vacante deste mayorazgo, por muerte de don Alonso Valtodano, nieto de Diego Fernandez, primero llamado.

54 El segundo, quando muriò Pedro del Salto, vltimo posseedor, y por cuya vacante se ha introduzido este pleyto.

55 En el primero tiempo, constat apertè, que ninguno de los pretendiẽtes que concurrieron con don Alonso Suarez Valtodano, tenian llamamiẽto en la fundacion, antes respecto de ser hembras, y varones dellas, estauan

expressamente excluydos, como lo veremos, discurriendo por las clausulas della, y aplicandoles despues los fundamentos legales que les tocan.

56 Desde el *num.7.* començò el primero llamamiento, en dicho Diego Fernandez Valtodano, y en sus hijos, y descendientes, por la linea, y orden en dicha fundacion contenida, y luego prosigue en el *num.11.* el llamamiẽto de su hijo, varon mayor legitimo, y en el *num.12.* el del nieto, que fue dõ Alonso Valtodano, por cuya muerte sin sucession se introduxo el pleyto, y contiene las palabras siguientes, ibi: *Y con condicion, que despues de sus dias* (nempê del hijo varon de Diego Fernandez) *suceda en los dichos bienes, è mayorazgo, el hijo varon legitimo del dicho vuestro fijo varon mayor, q̃ se entiende vuestro nieto, varon mayor, y si èl fuere fallecido, despues dèl sucedan en los dichos bienes sus fijos, è nietos, è descendientes varones legitimos de legitimo matrimonio, nacidos por linea derecha masculina, &c.*

57 Y despues prosiguiendo en la clausula *num.15.* llama al nieto del hijo segundo del dicho Diego Fernandez, por linea derecha masculina, y luego por via de regla dize, que su voluntad es, que todos los varones, sus descendientes prefieran à las hembras, é caso q̃ dexen alguna hija, ò otros descendientes hembras, passe el mayorazgo en el hijo varon mayor de aquel por cuya muerte vacare, demanera que el tio prefiera á la sobrina hembra, y no la sobrina al tio.

58 Y aunque en la clausula, *num.16.* despues de acabada la linea de los varones de Diego Fernandez, y de sus descendientes varones, por la forma susodicha, y como dicho es, llama â las hijas; y despues â sus hijos varones por linea derecha masculina, en la clausula *num.20.* adonde llamô al hijo varon segundo de Christoual Valtodano, segũdo llamado por via de regla, puso las palabras siguientes, ibi: *Porque nuestra voluntad es, que todos los fijos, è nietos, y descendientes varones, prefieran à las hembras, aunque sean mayores que los varones: E caso que èl, ò algunos dellos dexare fija, ò fijas, ò otras descendientes hẽbras legitimas, queremos que vẽgan los dichos bienes en el varon legitimo subsiguiente de aquel por cuyo fallecimiento vacare el dicho mayorazgo, tanto que sea varõ, demanera que siempre el tio varon prefiera à la sobrina hembra, è no la sobrina al tio.*

59 Y luego vâ prosiguiendo los llamamientos en los hijos varones de Mari Velazquez, tercera llamada por linea derecha masculina, sin que aya que notar cosa particular, hasta la clausula *num.24.* adonde llama al Alcayde Iuan Valtodano, y â sus hijos, y nietos varones por linea derecha masculina, y con las calidades que dexamos referidas, *supr. num.44.* que es adonde sucediò la vacante, por muerte de Pedro del Salto, nieto del dicho Alcayde.

60 Conforme al hecho referido, que consta de la fundacion, nullus vnquam dubitare poterit, que alguno de los que compitieron, y fueron citados para el pleyto de tenuta, y despues en la propiedad, no solo se hallò sin llamamiento, sino antes expressamente excluydos todos, vt ex infra dicendis liquido constabit.

61 Lo

306

61 Lo primero, porque el llamamiento de la clausula *num.12.* que dexamos referida, adonde despues de dō Alonso Valtodano, por cuya muerte sin sucessíon se causo la vacante, que diò causa al pleyto: estân llamados sus hijos, y nietos, y descendientes varones por linea derecha masculina; de ninguna suerte se pudo verificar en las hembras, ni en los varones descendientes dellas, sino solo en los varones agnatos.

62 Túm por el repetido llamamiento de varones, y continuado en tantas clausulas, dandoles prelacion à las hembras, y que aunque las huiesse, passasse la sucessíon à la linea de varon subsequente, y que el tio prefiera à la sobrina, qua in specie, los varones que llamô, se han de entender, y juzgar de los agnatos, de quibus anteà sermonem instituerat, en todas las clausulas antecedentes, sin estenderloà los varones de hembra, *l. quæ conditio,* vers. *At quæ conditio, ff. de condit. & demonstrat. l. cū delanionis, § qui fundum, ff. de fund. instruct. l. si eum. 126. de verb. signific. l. pater filium, § fund. Titianum, ff. de leg. 3. Auth. de restitit. fideicomm. §. & hæc, collat. 9.* tradūt Tiraquell. *de primogenit. quæst. 13. num.* 12. Guid. Pap. *decis.* 123. *à num.* 1. Menoch. *cons.* 172. *num.* 12. *& cons.* 400. *per totum,* Surd. *cons.* 241. *num.* 13. *& cons.* 316. *num.* 5. Peregrin. *art.* 26. *nu.* 15. Vbi concludit à regula proposita in iudicando, & consulendo recedendum non esse, idem Pereg. *decis.* 134. *à nu.* 2. & ex nostris Gregor. *in l.* 3. *tit.* 13 *part.* 6. *verb. Mugeres* Dom. Molin. *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 45. ibi: *Sexta conclus. quando in aliqua dispositione vocantur filij seu descendentes masculi, ea dispositio de masculis descendentibus ex masculis non autem de filijs, vel descendentibus masculis, qui à fœmina descendunt, intelligendum est,* Anton. Gom. *in l.* 40. *Tauri, n.* 61. vbi etiam Auendañ. *glos.* 9. *à n.* 54. Aluarad. *lib.* 2. *cap.* 3. §. 4. *n.* 6. Castill. *lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 40.

63 Túm porque la conclusion referida se esfuerça, atēdiendo, à que todos los llamamientos de los descendientes varones de Diego Fernandez Valtodano, estân calificados con la palabra *por linea derecha,* vt optimè ratiocinatur Add. ad D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 71. ibi: *Quod fortius asseuerādum est. Vocatis masculis per lineam rectam, quorum vocatio ad exclusionem fæminar. facta censetur, & ratio est, quia masculus ex alia linea, non dicitur de linea recta, imò potius de obliqua, & inflexa.*

64 Túm, & magni ponderis, porque no se contentó con dezir, *varones por linea derecha,* sino que juntamente añadiò, ibi: *Masculina,* cō que afiāçò mas la calidad de agnacion, y excluyò expressamēte à las hembras, y varones dellas, como lo son todos los pretendiētes que tratamos de excluir, los quales de ninguna suerte se pudieron incluir en el llamamiento de varones por linea derecha masculina, como en terminos lo notaron Baldus *in l. Gallus, § nunc de lege, ff. de lib. & posth.* Paulus de Castr. *in l maritus, num.* 5. *C. de procurat.* Alex. *cons.* 53 *num.* 6. *lib.* 1. Decian. *cons* 44 *à num.* 15 *vol.* 3 Cephal. *cōsil.* 114 *num.* 25. Riminald *cons* 313 *num* 6 *vol* 3 *& cons* 782. *à num.* 56 *volum.* 7. Gabriel *cons* 116. *num.* 4 Menoch *cons.* 802 *à num* 82 *lib* 9 ibi: *Quando in aliqua dispositione vocantur masculi per lineam masculinam, masculi descendentes à fæminis nō comprehenduntur,* Curtius Iunior *cons* 5 *num* 25. *vol.* 1. ibi: *Natus ex fæmina, non dicitur*

tur

tur descendere, neque per virilem sexum, neque per lineam masculorum, quæ per fæminam interrupta fuit, & noua inchoata, ita quod solum per eam consideratur coniunctio ad descendentes ex ea, non autem amplius consideratur coniunctio ex persona patris, Ruinu. *cons.* 18. *num* 9 *lib.* 3. Gozad. *cons.* 87. *num.* 15. Surd. *cons.* 316. *num.* 8. Peregrin. *art.* 26. *num.* 8. & *num.* 29. vbi Franciscus Cens. pag. 211. pro regul statuit, ibi: *Vt si testator vocauerit masculos per lineam masculinam descendentes, minus veniant masculi ex fæmina* Noguer. *allegat.* 23. *num.* 155. Fusarius *quæst.* 346. *nu.* 32. & ex nostris Gregorius *in l.* 2. *tit.* 6. *part.* 4 *glos.* 1. *col.* 2. *in fine*. D. Molina *lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 38. Castillo *lib.* 2. *cap.* 2. *num.* 18 & *lib.* 5. *cap.* 129. *num.* 44. & *cap.* 132. *num.* 5. Valenç. *cons* 40. *num.* 26. & *seqq.*

65 Lo segundo, porque compitiendo don Alonso Suarez Valtodano, varon agnato de la linea del Alcayde Iuan Valtodano, con doña Beatriz Valtodano, nieta de Diego Fernandez, y con don Alonso Perez Serrano, hijo de doña Maria, con doña Ana de Cardenas, que tambien fueron nietas del primero llamado, y con don Gomez de Cardenas, viznieto de Diego Fernandez, mediante las personas de doña Maria Valtodano, y doña Eluira de Cardenas su madre, y abuela; nihil mirum, que al dicho dõ Alonso Suarez Valtodano, se le mandasse dar la tenuta, y possession de los bienes deste mayorazgo.

66 Tum, porque mostró llamamiento claro, y especifico, en la clausula del *num.* 24. Adonde despues de auer llamado al Alcayde Iuan Valtodano, llama a á sus hijos, y nietos, ê descendientes varones, por linea derecha masculina; con que fue lo mismo que si le huuiera llamado por su propio nombre, in l. nominatim, ff. de manumiss. testam. *iuxt. text. in l.* 2. *ff. delib. & posthum. l. nominatim* 88. *ff. de legat.* 3. *l. nominatim* 33. *ff. de condit. & demonstrationibus*, iunctis traditis â Gregor. *in l.* 3. *tit.* 7. *part.* 6. vers. *Y esto seria*, vbi plura cumulat Auendañ. *in l.* 40. *Tauri glos.* 8. *num.* 11. Caldas *de iure emphit. quæst.* 50. *num.* 13. & *n.* 16. Valenç. *cons.* 97. *nu.* 28. & *seqq. vsq;* ad 31. nouissimé Fragoso de regimine reipublicæ, part. 3. lib. 9. disputat. 20. §. 5. num. 43.

67 Tum quia in illa controuersia versabatur ratio conseruandæ agnationis, en la persona de don Alonso Suarez, que era varon agnato, respecto del Fundador, quæ multum fauorabilis est, & iure diuino Fulcita, *numeror. cap.* 17. & *final.* vbi Abulens. *quæst.* 22. Camp. *in tract. de dote, quæst.* 29. *num.* 45. Decius *in l. venia, num.* 18. *C. de in ius vocando*, D. Valenç. *d. cons.* 40. *num.* 29. vbi *n.* 30. illam rationem adducit, ibi: *Et quia vti diximus masculi sunt magis apti ad conseruandum nomẽ, & arma, & memoriam familiæ, vt per Mandell. cons.* 13. *num.* 8. *lib.* 1. *ideò est interpretatio capienda, vt primo omnes masculi etiam remotiores admittãtur, & solum ipsis deficientibus fæminæ, sicuti post Socinum cons.* 227. *num.* 5. *in fin. vers. Multipliciter libr.* 2. *scribit in terminis Tib. Decianus cons.* 7. *num.* 79. *lib.* 1. *Lara de vita hominis cap.* 30. *num.* 96.

68 Tum, porque ninguno de los que compitieron en aquel pleyto, pudieron mostrar llamamiento en grado anterior a don Alonso Suarez para incluirse en la sucession, respeto de ser todas nietas de Diego Hernandez

Val-

Valtodano, ó varones descendientes dellas, como parece del arbol, las quales, no solo no le tuuieron, sino exclusion clara, al menos mientras durassen los varones agnatos del fundador, como consta de la clausula, mem, n. 15. & n. 20. que dexamos referidas suprá n. 57. y lo que dexamos pon derado en su inteligencia, supra n. 61. & seqq.

69 Lo tercero (y de adonde nostro videri se causó el hazer transi to de la linea de Diego Hernandez a la del Alcaide, a donde se hallaua con aptitud para suceder don Alonso Suarez su nieto) porque en la clausula, n. 19. adonde passò a formar nueua linea en la persona de Christoual Valtodano, hermano de Diego Hernandez, puso las palabras siguientes, ibi: *Item, con condicion, que si caso fuere que vos el dicho Diego Fernandez de Valtodano fallecieredes desta presente vida sin dexar fijos, ni fijas, ni nietos, ni descendientes varones de los tales fijos, ò fijas vuestros legitimos de legitimo matrimonio nacidos, que puedan auer, y heredar el dicho mayorazgo, segun, y como en vos, y en vuestra generacion està por nos declarado, que en tal caso los dichos bienes los aya, y herede, y suceda en ellos Christoual de Valtodano, hermano de vos el dicho Diego Hernandez, &c.*

70 Y esta condicion, y requisitos della, al tiempo de la vacante fue causa para impedir la entrada en la sucession deste mayorazgo a doña Beatriz Valtodano, y a los demas que litigaron, y fueron citados, en los quales iuris dispositione, se halló repetida iuxta textum, *in l. si quis ita legauerit, ff. de condit. & demonstrat. l. si à te, ff. si seruitus vindicetur, l. in substitutionibus*, vbi scrib. *ff. de vulgari*, Bald. *in l. humanitatis, n. 28. C. de impub.* & alij plenes quos laudat D. Molin. *de primogenijs, lib. 1. cap. 6. n.* 18. & 19. vbi Additio innumeros congerit, & tandem ita ait, ibi: *Et ideo in materia maioratus conditio si sine liberis, non expirat in primo vocato cum liberis decedente, sed, vt maioratus perpetuus sit illa conditio repetitur in omnibus succedere volentibus, &c.* Limitandose en este caso el consilio 21. de Oldrado.

71 Porque como parece del Arbol, los descendientes varones por linea derecha masculina de Diego Hernandez fenecieron en don Alonso su nieto, y D. Beatriz su hermana no era hija, sino nieta, hija de Toribio Valtodano, y D. Alonso Perez Serrano, viznieto, hijo de nieta; doña Ana de Cardenas, nieta, hija de otra hija de Diego Hernandez, y don Gomez de Cardenas, viznieto, mediante las personas de doña Eluira de Cardenas, y doña Maria Valtodano hija de Diego Hernandez.

72 Y deste hecho, que es cierto, y sin duda alguna para la exclusion de todos los pretendientes referidos, y inclusion de don Alonso Suarez Valtodano hazemos las consideraciones, y ponderaciones siguientes.

73 La primera, que por las palabras desta condicion, y lo que en ella expresô el fundador, fue visto apartarse, y en caso necessario corregir lo que dexaua ordenado en la clausula, n. 15. adonde tratando de la prelacion de los varones a las hembras, y que en caso que quedasse alguna, passasse la sucession al varon subseguiente, con que esta prelacion se entendiesse en los varones descendientes de Diego Hernandez, ibi: *Con tanto, que sea vues-*

tro descendiente varon legitimo: porque en esta condicion clara, y distintamente quiso passasse à linea diferente de la del dicho Diego Fernandez, dexandosela, en quanto a la sucession, y exclusion de las nietas, y demas successoras en el mismo estado que tenia, vt patet ex eius verbis, ibi: *Que puedan auer, y heredar el dicho mayorazgo, segun, y como en vos, y en vuestra generacion està por nos declarado.*

74 Quia nec mirum est, quod testator ex interualo censeatur corrigere suam dispositionem iuxta textum *in l. non ad ea* 89. *ff. de condit, & demonstrat*, ibi: *Sed etiam quæ primo purè deinde sub conditione dantur*, & inferius, ibi: *Itaque quod heres purè dare iussus est, quodve pur è legatum est, cum id ex interuallo sub conditione legatum est posterius valet*. vbi glossa verb. *ex interuallo*, exponit, *ex interuallo esse licet esset in eodem testamento aut dispositione*, l. si in æqualibus 12. ff. de hered. instit. vbi scribentes communiter, & præter illos Iacob. Menoq. cons. 1059. n. 4. & seqq. vbi n. 6. ita scripsit: *Præterea confert, quod respondit, idem Decius in cons.* 317. *n.* 4. *non esse nouum, quòd testator in eodem testamento disponat primo aliquid à quo statim recedat, & contrarium statuat, vt in casu, l. si in æqualibus, ff. de hered. instit. & postrema dispositio valeat.*

75 La segunda, que recopilando el testador en esta condicion todos los llamamientos que dexaua hechos en los hijos, y nietos, y descendientes varones por linea masculina, y en las hijas de Diego Hernandez, y los suyos, quiso, que a falta dellos passasse la sucession a la linea de Christoual Valtodano, con lo qual, aunque al tiempo de la vacante se huuiessen acauado los parientes agnatos del fundador, no se pudo iuris dispositione reducir este mayorazgo a regular, ni dar lugar a llamamientos congeturados, que se inducen de su voluntad, sino que precissamente se deuio guardar esta condicion, in specifica forma, y hazer transito a linea diferente: porque la voluntad, y prouidencia expresa del testador, fecit cessare dispositionē legis, *l. fin. C. de pact. conuent. l. cū ex filio, §. fin. ff. de vulg. & pup. substi. iuncta lege* 45. *Tauri*, ibi: *Que segun la disposicion del mayorazgo deuiere suceder*, D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 2. *n.* 27. & cum Tiraquelo, Ancharr. Zephalo, & alijs tradunt, Fontanela *de pact. nuptial. claus.* 5. *gloss.* 10. *parte* 1. *n.* 52. Vbi quod si primogenia Cataloniæ secundum leges deferuntur iuræ sanguinis, contrarium esset dicendum, si super hoc adesset prouisio hominis, qui maioratum instituisset alium succedendi modum illis, præfixendo, D. Valençuela, *cons.* 23. *num.* 111. Barbos. axiomat. 195. *per totum.*

76 Et in claris non est opus coniecturis, *l. continuus, §. cum ita, ff. de verb. obligat. l. ille, aut ille, §. cum in verbis, ff. de leg.* 3. cum alijs vulgaribus.

77 La tercera, que deuiendose guardar in specifica forma, & adimpleri ante quam dispossitum sumat effectum, *l. qui heredi, §. vlt. ff. de condit. & demōstrat. l. qui ita, ff. de condit. instit.* cum alijs pluribus congestis à D. Valençuela Velazquez, *cons.* 2. *n.* 72. vbi *n.* 73. ait: *quod conditio causam finalē impor-*

importat, qua cessante, dispositio cessat, ex l. cedere diem, ff. de verb. signif. & alijs pluribus, & tandem, *n.* 75. ita scripsit, *ideo ei standum est, quia forma deficiente corruit actus, nihilque, ei addi, aut detrahi potest, specificèque est obseruanda, &c.*

78 Quando sucedio la vacante deste mayorazgo por muerte de don Alonso Valtodano, no huuo hijos, ni hijas, ni nietos varones dellos, y dellas por linea derecha masculina, que compitiessen la sucessión conforme estauan hechos los llamamientos antecedentes, vt sup. annotatum est. Y assi, fue preciso, que por no auer faltado esta condicion, la sucessión hiziesse transito a la linea del varon que entre los llamados estaua habil para poder suceder al tiempo de la vacante.

79 Quia in maioratibus qualitas substituti semper consideranda est al tiempo de la vacante, que es quando se defiere la sucessión, *l. interuenit, ff. de legat. præstand. l. si quis filio de iniust. rupt. l. heres de opt. leg.* ibi: *Quoniam aditæ hereditatis tempore solus erat, qui per illum seruum posset acquirere.* Roderic. Suarez. *allegat.* 12. *n.* 1. D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 13. *n.* 37. Auendañ. *in l.* 40. *Taur. gloss.* 18. *n.* 26. Flores de Men. *ad Gam. decis.* 27. *n.* 4. Mieres 1. *part. q.* 2. *n.* 2. D. Valençuela, *con.* 83. *n.* 3. *&* 27. ibi: *Ac propterea dispositio loquens de primogenito, intelligitur de eo qui talem qualitatem obtinet, quando dies fideicommissi cedit,* D. Castillo *lib.* 3. *cap.* 15. *n.* 2. *& lib.* 5. *cap.* 90. *à n.* 20.

80 Sin atender a que antes la tuuiesse, ó despues de diferida sobreuenga, *d. l. interuenit, ff. de legat. præstand. l.* 1. *§. si quis proximior, ff. vnde cognati,* Surd. *cons.* 125. *n.* 10. Pereir. *de potest. eligend. cap.* 10. Casan. *cons.* 26. *n.* 20. *Mier.* 2. *part. quæst.* 6. *n.* 173. D. Valenç. *cons.* 83. *n.* 161. ex multis Castillo, *lib.* 5. *cap.* 90. *n.* 21. ibi: *Qualitas à testatore expressa, & ad succedendũ requisita præcisse adesse debet, eo tempore quo succesio defertur aut dies successionis aut vocationis venit, neque sufficit eam antea extitisse, si tunc cesset, neque etiam postea superuenire cum tempore delatæ succesionis interuenire debeat.*

81 La quarta, que la obseruancia desta condicion, en la forma que auemos referido, assi en quanto a limitar lo que auia dexado estatuido el fundador en la clausula *n.* 15. como en quanto a que no se entienda de mas personas que las que puso en ella, corre con toda llaneza, supuesto que fue transuersal, y no tuuo, ni deuio tener mas afeccion a Diego Fernandez, ni a sus descendientes que a Christoual Valtodano, y los suyos, y a los hijos de Maria Velazquez, y a el Alcaide Iuan Valtodano: porque todos decienden de Toriuio Sanchez, hermano del fundador, por cuya contemplacion le fundó, como lo confiessa en el proemio, ibi: *Auiendo consideracion a las muy buenas obras, que nos el dicho Obispo reciuimos de Toriuio Sanchez, vuestro abuelo, y nuestro hermano, que aya santa gloria, assi estando en el estudio nos el dicho Obispo, y fuera dél, socorriendonos, e gastãdo mucha parte de sus bienes, y hazienda en las necessidades, è cosas que se nos ofrecieron a la dicha sazon, è tiempo.*

Vnde

82 Vnde succedit regula qua cauetur, quod specialis expresio certorum heredum cæteros excludit, *vt ex cap. nonne de præsumpt. l. cum Pretor in princip. ff. de iudic. l. maritus, C. de procurator. l. quamuis, C. de pignor.* tradunt in specie Cephal. *cons.* 158. *n.* 15. *vol.* 2. D. Valenç. *cons.* 23. *n.* 144. *vbi plura congessit.*

83 Y al tiempo que hizo esta donacion le pudo poner todas las condiciones que le pareciesse, iuxta textũ in l. quoties, C. de donat. quæ sub mod. & quod ibi ab interpretibus notatur, y limitarla, y hazerla de nueuo, ò quitarla en todo, ò en parte, iuxta textum in l. iuris gentium, §. quin imo, ff. de pact. ibi: *Quin imo si tota res potest illi cur non, & reformari?*

84 Con lo qual, quando no estuuiera opuesta a estas partes la excepciõ de cosa juzgada, que llanamente les obsta, y impide la entrada, sino que fuera necessario litigar con el derecho que don Alonso Suarez litigô entõces, fuera preciso se siguiera la misma determinacion, como fue la que se tomô por tan graue, y supremo Senado, dando la Tenuta a don Alonso.

85 Y en el segundo tiempo, nempe, despues de la muerte de Pedro del Salto Valtodano, por cuya causa se ha mouido este pleito es mas notoria su exclusion, siquidem negari non potest, que son de la linea de Diego Hernandez Valtodano, qne está postergada, y sacada la sucesion della, y se halla inclusa en la del Alcaide Iuan Valtodano, qua inspecie, aunque la controuersia sea con hembra, como lo es doña Melchora, no puede tener lugar boluerse a reintegrar la linea de adonde se sacô la sucesion por el varon agnato que fue de don Alonso Suarez, vt in indiuiduo tradit Bald. *cons.* 200. *n.* 2. *lib.* 5. illam adijciens rationem, ibi: *Conclussum enim, & consolidatum fuit feudum in vltimo masculo, ergo transit per eum in filiam heredem suã, & non respicit retro ad gradum destitutum, & caducum, nam quod semel est annihilatum nunquam resurgit. ff. de sol. l. qui res, §. aream, ff. quib. mod. vsusfruct. amit. l. cum in annos, &c.* idemque repetit, *cons.* 202. *eodem lib.* 5. & Baldum sequuti fuere viginti, & duo doctores ex alienigenis quos congerit Add. ad Molin. *de primog. lib.* 3. *cap.* 5. *n.* 72. quibus addimus Franciscum Censal, *d. pag.* 49. & 50. qui additionem Molinæ plurimum extollit, & alios congerit Iacob. Menoch. sibi contrar. *cons.* 823. *num.* 12. Hondedeum, *cons.* 16. *lib.* 1. & *cons.* 14. *lib.* 2. Cyriacum, *controuers. forens. tom.* 1. *controuers.* 117. *ex n.* 14.

86 Et ex nostris tradunt Gregorius *in l.* 3. *tit.* 13. *p.* 6. *glossa* 2. *q.* 9. & *q.* 23. & iterum *q.* 25. a donde propuso el caso contrario, nempè fœmina admissa ob defectum masculorum, postea excludatur masculo superuenienti, y resuelue, que no, dando la razon, quæ maximê nostro casu conuenit, ibi: *Quia natura dominiorum acquisitorum est, quod sit perpetua, l. siue posidetis, C. de probat. &c.* & illum sequuti fuere Mieres *de Maiorat.* 2 *part. q.* 6. *n.* 49. & 50. Angulo *de meliorat. in l.* 11. *glossa* 9. *n.* 5. *in noua editione.*

87 Y por esta opinion vienen a estar todos los Doctores q̃ dexamos referidos en comprobacion de la quarta regla q̃ asiste a doña Melchora de qua sermonem instituimus suprá *ex n.* 33. quatenus affirmant, quod finita linea

mas-

masculina, & sic agnatorum fęmina vltimi possessoris filia ad primo generũ debeat admitti exclusis alijs fœminis, & masculis ex eis descendentibus.

88 Vltimò tandem Castillo *lib.5.controu.cap.91.ex num.63*. vbi latissimé de nostra quæstione sermonem instituit, y aunque desde el *num.70.* aliquos casus proposuit, & visus fuit sentire reintegrationem lineæ concedendam foré filiæ à cuius linea ablata fuerat successio contra sororem, aut consanguineam vltimi possessoris, ex rationibus, & fundamẽtis ab eo adductis, reconociendo despues la flaqueza dellas, nihil resoluit, encareciendo mucho la dificultad de la quæstion, y se remitio à lo que auia de tratar cerca de la misma materia en el *cap.siguiente, desde el num.46*. Adonde oprimido de las reglas de la sucession de los mayorazgos, nempé, que auiendo entrado en vna linea, non potest ad aliam fieri transitus, & quod soror vltimi possessoris in omnibus eius filiæ adęquatur, y està en la linea contentiua, quãdo no esté en la effectiua tandem, *num.55* sequentia subiungit, ibi: *Cõcluditur ergo in vocatione fœminarem, aut filiarum maiorum simpliciter facta in defectum masculorum descendentium filias, & descendentes vltimi possessoris, ac etiam sororẽ eiusdem præferendam esse filiabus, & fœminis disponenti proximioribus, & filiarum expressionem potius demonstratione cẽseri appositam ad significandum, quod finita linea masculorum, qu primo loco vocati sunt successura erat filia maior, ea autem quæ in linea saltim contentiua esset cum in maioratum successione linea recta debeat succedi, vt nec successio retrocedat, nec de vna linea ad aliam transitus fiat, l.2. tit.15 p.2.*

89 Y en los cinco numeros siguientes, hasta el fin del capitulo, va poniẽdo muchas autoridades, y fundamentos en corroboracion de lo referido, con que fue visto quedar en esta opinion, de que la hermana, ô parienta de la linea contentiua, del vltimo posseedor, se deue preferir à las hembras, y varones dellas, que fueren de la linea postergada, à la qual no se dà reintegracion en perjuyzio del derecho adquirido, por las que se hallã en la linea del vltimo posseedor, sino despues en el grado, y lugar que le tocare, cõforme à lo dispuesto por el testador.

90 Doctor enim, qui plures refert opiniones, in vltima licét non dicat, residere videtur, *vt per glos. receptam in l. qui filiũ, §. salinus, ff. ad Trebell.* Ioann. Garc. Stephan Gratian. Menoch. & Capic. Galeot. *Nos de vniuers. instr. edit. tit.1. resolut.3. § 3. num.*142.

91 Y assi le alegamos en nuestro fauor, aunque *Addit. ad Molin. d. lib. 3. cap.5. num.72.* in fine, que tocò todos los fundamentos que hazen en fauor de doña Melchora, & illa resolutiué probauit, notó à Castillo, de que en la question de la hermana del vltimo posseedor, nihil resoluerat, & deliberandum reliquerat, quia si attenté illum legisset, hallará ser cierto lo que dexamos referido.

92 Con que no parece es necessario responder à los Doctores de la opinion contraria, porque les responden exactissimamente Castillo, *d. cap.91. ex num.63 cum pluribus seqq. y la addit. à Molin. in loco proximè laudato.* Adonde refiere los muchos exemplares que ay en el Consejo, y Chancillerias de auerse juzgado por las hijas, y hermanas del vltimo posseedor, cõtra las hembras, y varones dellas, de la linea postergada.

93 Cuius

93 Cuius quidem styllus (nempè del Consejo, y Chanchillerias) tot exẽplis comprobatus ius firmissimum statuit adeó, vt amplius hæsitationi locus non relinquatur, *iuxt.text in l.illud.12.ff.de excusat.tutor.* quem Bald. inibi ad hoc expendit, quod antiqua praxis obseruanda est, *l.fin.C.de iniur. glos.verb.Duum viris in l.fin.C.de emancipat.liber.Clem.sæpè, §.& quia* vbi Cardin.*in 6.notab.de V.S.idem Bald.in.Rub.num.2.defend.fin.culp.* Philip.Decius *cons.11.quoniam iudicandum, & cõs.358.placet, n.3.* Afflict. *decis.243.nu.4.* vbi Vrsilis Burgos de Paz, plures laudans *in proœmio legum Tauri num.225.& seqq.* Gratian.*discept.154.n.18.* Paz *in proœmio ad leges Styli, nu.94.* & nos *de vniuers.instrum editi.titul.1.resolut.3.§.1.nu.16.& alibi sæpè.*

94 Y de sus sentencias, nec licitum, nec honestum erit recedere, porque siendo de Senados tan superiores, y supremos, tienen autoridad, y fuerça de ley, *l.filius 14.in principio,* ibi: *Sic enim inueni Senatum censuisse ff.ad leg. Cerual.de fals.l.1.§.hoc autem vers.Et ait Sextus, sic esse sæpè iudicatum, ff. ad Syllanian.* tradunt Afflict.post Bald.& alios quos refert, *decis.169.nu.9.* ibi: *Et quia ista est noua decisio, S. C. quæ habet vim legis, & facit ius.* Anton.Gama *decis.33.& decis.228.numer.2.* Peregrin.*cons.91.num.29.* Iacob. Menoch.*de præsumpt.lib.1.quæst.1.nu.27.vers. De sententia verò Senatus* laté Greueus, *pract.lib.1.in proœmio conclus.2.num.26.& seqq.* vbi limitari in similibus sententijs decis.*l.nemo, C.de sent. & interlocut. omnium iud.* testatur.

Exclusion de don Lorenço de Viedma, y de don Francisco de la Cueua.

95 Por hallarse doña Melchora en la linea de Pedro del Salto, vltimo posseedor que fue deste mayorazgo, y entrar fundando de derecho con la asistencia de tantas reglas como dexamos assentadas.

96 Pone en obligacion precissa á estas partes, aunque varones, por serlo de mas remotas lineas, y de hembras, â que para obtener, ayan de mostrar de necessidad sus llamamientos euidentes, claros, y sin duda alguna, cõ exclusion de doña Melchora, y con prelacion à ella, *l.Lucius, §.quæsitum, ff.de legat.3.l.libertas, §.fin.de manum.testam.* ibi: *Nisi manifestissimis rationibus probauerit, l.si plures, ff.de vulgari,* ibi: *Nisi euidenter fuerit expressum, l.nuptura, ff.de iure dotium,* ibi: *Nisi euidentissimè contrarium probetur, l.1 C.de condit.insertis,* ibi: *Nisi alia defuncti voluntas euidenter probetur* tradunt in terminis Burgos de Paz *in proœmio, ll. Tauri, num.120.* Pinellus *in l.3.C.de bonis matern.num.27.* Menoch.*cons.315.num.1.* Surd.*cons.316.n.3.* optimè D.Valenç.*cons.97.num.216.* vbi: *Num.218.* ex alijs quos laudat ait potiorem esse causam eius qui pro se habet regulam: nã aduersarius tenetur probare fallentiam, regula etenim semper transfert in aduersarium, vnus probandi, & legitimandi suam intentionẽ Suelues *part.3.cons.5.n.fin. fin.* Auend.*in l.40.Tauri glos.9.num.5.* Mieres *2.part.quæst.6.num.36.& num.77.* D.Molin.*lib.3.cap.4.num.32.* Casat.*cons.38.num.125.* Burg.de Paz

cons.

*conf.29.num.60.*ibi: *Debent enim verba esse expreßissima, vt illis fœminam excludi iudicemus*, Gutier.*conf.13.num.14.* Castill.*lib.5.cap.143.§.vnic. n.* 13. Vela *disert.49.n.51.* vbi plures congerit.

97 Y esta carga de probar, que incumbe á las partes contrarias, aunque fuessen sus probanças claras, no les releuarian, sino contienen las circunstancias que el Fundador dispuso, *l. non ignorat, C. qui accus. non poss. l. non oportet de leg. 2. l. 1. quorum bonor.* ibi: *Non aliter possessor institui posteris, quam si te defuncti filium esse, & ad hæreditatem, vel bonorum possessionem admissum probaueris, l. 45. Tauri,* ibi: *Que segun la disposicion del mayorazgo huuiere de suceder.*

98 Como tampoco será bastante el hallarse varones, si juntamente no les asiste la calidad de agnatos que pidió, *l. si hæredi, ff. de condit. inst. l. si is qui, §. vtrum, ff. de reb. dubijs, l. hæredi, §. Caio, ff. de fund. instruct. l. si quis ita stipulatus 129. ff. de verb. oblig.* ibi: *Non aliàs dabitur, quam si vtrumque factum sit*, tradunt Iacobus Menochius *conf. 97. num. 103.* ibi: *Quod ad hoc vt quis succedat duo debent cõcurrere, quod sit vocatus, & quod habeat eam qualitatem, quæ à disponente fuit adiecta* Decius *conf 54. num. 2. & 322. num. 2. & 471. in princip.* Peregrinus *artic. 43. num. 60.* ibi: *Qui vti agnatus agit probare debet se agnatum esse*, & anteà, *art 26. num 29.* ibi: *Aut vocatur sub nomine masculinitatis, & hoc casu duo requiruntur, quod sit masculus, & ex masculo proueniat.*

99 Quibus ita constitutis, restat nunc ad voluntatem testatoris, aut fundatoris recurrere, à quien en esta materia todo està sujeto, *l. in conditionibus, ff. de condit. & demonstrat. l. cum ita legatur, § in fideicomm ff. de leg. 2 l. liberorũ, ff. de V. S. l. 27. & l. 40. Tauri,* ibi: *Saluo si otra cosa estuuiere dispuesta por el que primero constituyò el mayorazgo.*

100 Y llegando à examinar las clausulas de la fundacion desde la del *ni* 24. que fue adonde està llamado el Alcayde Iuan Valtodano, de cuya linea las partes contrarias, y doña Melchora descienden, como parece del arbol, y por cuya cabeça ambas partes pretenden incluirse en la sucesion deste mayorazgo, aunque por diferentes medios, lo que cõsta desde la dicha *clausula* 24. hasta la 26. inclusiue es, que el Fundador à falta de todos los llamados en los tres llamamientos antecedentes, llama à la sucesion al Alcayde Iuan Valtodano, y à sus hijos, y nietos, y descendiẽtes varones, por linea derecha masculina, formando llamamiento à parte en el hijo mayor, y en sus descendientes, y en el hijo segundo, y los suyos, repitiendo siempre la varonia, y que fuesse la sucesion por linea derecha masculina, como lo hizo en los hijos varones de Diego Fernandez Valtodano, primero llamado.

101 Y en estos llamamientos, bien podemos afirmar, que don Lorẽço, y don Francisco, no le tienẽ, ni expresso, ni conjeturado, sino antes exclusiõ notoria, porque lo dispositiuo dellos no pudo verificarse en las partes contrarias, que son varones cognatos, y descendientes de hembras, sino solo en los agnatos, y sus descendientes, ex adductis sup. ex num.

102 A estas clausulas se sigue la del *num. 27.* vbi ita scriptum apparet: *Con condicion, que si acaeciere que el dicho Iuan Valtodano nuestro sobrino, no dexare hijos, ni nietos, ni descendiẽtes varones legitimos, por manera que sea acabada la linea de los varones del dicho Alcayde Iuan Valtodano, y de los dichos sus hijos, è nietos, e descendientes varones dellos, è cada vno dellos, por la forma, è manera susodicha; en tal caso queremos*

mos, è nos place q̃ suceda en los dichos bienes, è mayorazgo, è los aya, y herede la hija mayor del dicho Iuan Valtodano, nuestro sobrino, y de la dicha doña Mayor su muger, è despues della suceda su hijo mayor varon legitimo.

103 Por esta clausula pretenden don Alonso, y don Francisco, no solo excluir á doña Melchora, sino incluirse en la sucessiō deste mayorazgo, afirmando, que tienen llamamiento expresso, mediante las personas de doña Maria, y doña Catalina, hijas del Alcayde, de quien dizen descender, pretēdiendo cada vno, es de la hija mayor, y con las calidades que parece del Arbol, & sic, quedará á cargo de los señores Iuezes que han de votar este pleyto, reconocer la legitimacion de cada vno destos pretendientes, iuxta celebre Zabarellæ *cons.*72.verb. *Dubita* Decian.*cons.*37.*nu.*64.*lib.*3. Rim.Iun. *cons.*494.*num.*20.*lib.*5.Cartar.*decis.*33.*num.*8.Grasis *excep.*4.*num.*6. Menoch.*de adipiscend.possess.rem.*4. *num.*442. Virgilius *de legit. personarum in prælud io, n.*16.

104 Que aunque doña Melchora les pudiera oponer esta excepcion, y dezirles, quoad vos liberas ædes habeo ex his quæ lato calamo fundauit Thesaurus *decis.*4.*ex.n.*8. vsque ad finem, vbi quod heredi petenti hereditatem potest opponi, quod sit alius in eodem gradu, & erit oppositio de iure tertij excludens ius agentis, quæ potest quandocumque opponi, iuxt.text.*in l. loci corpus, §.compet.ff.si seruit vindicetur.*

105 Tamen, por no alargar este papel, y porque con la misma voluntad del Fundador, sacada de la contextura desta clausula, se les ha de poder dezir lo mismo, mostrando la inclusion de doña Melchora, y su exclusion, ó por lo menos ajustando q̃ no ha llegado, ni podido llegar el caso de la substitucion, y llamamiento que pretenden, omitimos el no alargarnos mas, discurriendo por sus probanças, que estàn tan eneruadas la vna con la otra, que justamēte se podrá dezir, nos hallamos en el caso de la *ley duo sunt Titij de testam.tut.*

106 Podrán dezir lo primero, que caso que los llamamientos antecedentes sean de los varones agnatos, inmediatamente despues dellos, están llamadas las hijas del Alcayde, y sus hijos, y nietos, y demas descendientes, y que auiendo faltado aquellos, han de admitirse sin que tenga lugar, ni llamamiento doña Melchora, antecedente al de las hijas del Alcayde, fundandolo en aquellas palabras: *Por manera que sea acabada la linea de los varones, suceda la hija mayor, &c.*

107 Idque fundare poterunt in illo DD. proloquio quo cauetur, quod in linea virorum, seu masculina fœmina, licet agnata, non comprehēditur, quia est finis lineæ masculinę, & caput fœmeninæ, *l.prouentiatio*, *§.fin. de V. S.* Paulus de Castro *in l.maritus, num.*5.*C.de procuratoribus*, D. Molin. *lib.*1. *cap.*6.*num.*38.*&* *lib.*3.*cap.*5.*num.*69.Castill.*lib.*5.*cap.*91.*num.*84. *& cap.* 143.*§.vnico à num.*5.Fusarius *q.*346.*à nu.*12.*vsque àd* 19. Franciscus Censal plures congerens *in addit.ad Peregrin.art.*26.*n.*23.*pag.*183.

108 Porque se responde, que esta comun resolucion procede en dos casos, y se debe entender en ellos solamente, el primero es en la hija del prime-

 311

mero que reciuio el feudo, ò emphiteusis pro se, & heredibus suis masculis per lineam masculinam, ò del primero llamado al fideicommiso, ò mayorazgo, & tunc talis filia non comprehenditur, nec dicitur descendere ex linea masculina: porque no la huuo de adonde pueda descender la hembra, que es cabeça de la femenina, ita Cephalus, *cons.* 145. *num.* 22. Beroius, *cons.* 77. *num.* 19. *lib.* 2. latê Menochius, *cons.* 205. *ex num.* 5. *& n.* 20. Curtius Iunior, *cons.* 172. *n.* 5. *&* 6. alios laudans Peregrinus, *artic.* 26. *n.* 29. ibi. *Aut agitur de filia recipientis, vel instituti grauati, & hac non sit de descendentibus per lineam masculinam, quia est principium, & caput lineæ fœmeninæ: aut agitur de filia nata ex filio recipientis, aut ex filio heredis grauati, & hac contineretur, quia descendit per lineam masculinam illius primi.* Vbi Franciscus Censal, *pag.* 184. ait Paulum Castrensem in hac specie fuisse loquutum in d. l. maritus. & iterum, *pag.* 212. plures in proposito refert Camillus Gallin. *de verb. sign. l.* 8. *cap.* 26. *ex n.* 4. *Castillo lib.* 2. *cap.* 2. *à nu.* 2. *& n.* 23. *& lib.* 5. *cap.* 91. *n. fin. vers. verum,* Anton. Fab *de error. decad.* 18. *error* 10. *fol.* 153. Sousa *in repet. l. fœmina à n.* 10. *cum seqq. & maximè num.* 28. videndus omnino.

109 El segundo, quando versamur in dispositione vbi testator voluit pro tunc, & deinceps conseruare agnationem, que fueron los terminos en que habló el señor Luis de Molina, *d. lib.* 1. *cap.* 6. *n.* 38. *& lib.* 3. *cap.* 5. *n.* 69. y assi lo distinguen, y entienden Mieres *de maiorat.* 2. *part. q.* 6. *n.* 130. Auendaño, *in l.* 40. *Tauri glossa* 9. *n.* 63. Castillo *d. cap.* 91. *n.* 84. *&* 143. §. *vnico à n.* 5. Fusarius, *d. q.* 346. *n.* 13.

110 Y este caso le tenemos ya canonizado en el sucesso del pleyto de Tenuta, que se litigô entre don Alonso Suarez, doña Beatriz Valtodano, y su hermana doña Maria, y sus hijos varones cognatos, pues sin embargo de auer las mismas palabras en el llamamiento de las hijas de Diego Hernandez Valtodano, clausula num. 16. ibi: *Por manera, que sea acauada la linea de los varones de vos el dicho Diego Fernandez, nuestro sobrino,* & inferiùs, ibi: *Los aya, y herede la hija mayor de vos el dicho Diego Fernandez, &c.*

111 Respeto de ser la competencia con don Alonso Suarez, varon agnato del fundador: y que parece tuuo voluntad de conseruar la agnacion entre los llamados, y sus descendientes varones, se le dio la tenuta al dicho don Alonso Suarez, dexando vencidas las excepciones de doña Beatriz, y don Alonso Perez Serrano, y los demas, sin embargo de que se hallauan cō la precedencia de la linea.

112 Pero en el caso de que tratò el testador, que fue, no solo de conseruar la agnacion, sino de destruirla totalmente, llamando a la sucessión a las hembras, hijas de Diego Hernandez, y del Alcaide Iuan Valtodano, vt tradunt Surdus, *cons.* 316. *n.* 3. Menochius, *cons.* 44. *n.* 10. *vol.* 1. *& de præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 69. Peregrinus, *art.* 23. *n.* 26. Ioannes Garcia *in diuis. operis, n.* 33. Gutierr. *cons.* 13. *n.* 23. Giurba *decis.* 32. *n.* 15. D. Molina *lib.* 3. *cap.* 5. *n.*

 50. *vbi*

50.*vbi Additio*.Fusar.*q*.499.*n*.22.Castillo *lib*.2.*cap*.4.*n*.178. & in terminis Ruinus,*cons*.24.*n*.3.*vol*.3.Gabriel *cons*.97.*n*.24.Belonus *cons*.73.*n*. 5. Mazollus, *cons*.6.*num*.6.ibi: *Et sicuti agnatio filiorum extincta est, clarum est, quòd post finitam agnationem amborum filiorum, vocando fœminam inuocatione eius non respexit agnationem*, Decianus *cons*.127.*n*.12.*vol*.3. ibi: *Ergo prima substitutio de masculis iam expirauit, & devolutum est fideicommissum ad fœminas, scilicet ad quandam dominam Virgineam, ergo nõ potest amplius considerari masculinitas, à qua semel recessum fuit* Marta, *cons*.67.*n*.8.

113 Y en el que nos hallamos oy de auerse reducido este mayorazgo à regular, por auer faltado todos los varones agnatos, y ser la competencia con hembras, y varones dellas, extra omnem dubitationem est, que en la clausula *Por manera que sea acauada la linea de los varones*, se halla comprehendida doña Melchora: porque es innegable que la hembra agnata, licet finis sit lineæ masculinæ, attamen est in linea virorum, *l. iubemus*, *C. de emancip. liberor. l. lege* 12. *tabul*. §. *huiusmodi*, *C. de legitim. hered*. § *cæterum instit. de legit. agnat. succes*. ibi: *per virilem sexum descendẽtes, siue masculi, siuè fœminæ*.

114 Perquæ iura hanc sententiam probarunt Accurs. *in l. Gallus*, §. *nunc de lege in verb. nam et si*; *ff. de liber. & posthum*. & ibidem Bald. Alexand. *n*. 3. & Iason, *n*.25. D. Couarr. *in cap. Raynuntius*, *n*.13. *de testam*. Pinel. *in l*. 3. *C. de bon. matern. n*.29. D. Molin. *de Hispan. primog. lib*.1. *cap* 6. *sub n*. 37. & *lib*.3. *cap*.5. *sub n*.74. Anton. Fab. *de error. dec ad*.28. *error* 10. Sossa *in l. fœminæ n*.12. *de regul. iur*. Burgos de Paz, *cons*.29. *ex n*.23. Gutierrez *cons*. 13. *n*.24. Castill. *lib*.2. *cap*.2. *n*.7. & *lib*.5. *cap*.91. *n*.84. Franciscus Censal *in addit. ad Peregrin. ad ar*.26. *sub n*.23. *pag*.183. adonde auiendo puesto la opinion contraria desde el versiculo *pro contraria* plures doctores refert. Y luego prosigue trayendo las alegaciones que se hizieron por doña Ana Carrafa Princesa de Astillano en vna controuersia que tuuo con los Gonçagas, y el Duque de Mantua, sobre la inuestidura del feudo de la Ciudad de Sabloneta, adonde estaua la clausula, *nisi deficiente linea masculina*, y por muchos numeros, y folios prosigue fundando la opinion de que en la Princesa, que era hembra agnata no se auia acauado la linea de los varones, & tandem, *fol*.211. refiere la sentencia imperial q̃ se dio en su fauor, calificãdo esta opinion, & in expresso ita constituit Iacob. Menoq. *cons*. 318. *n*.6. *cons*. 372. *n*.31. *cons*.379. *n*.26. *cons*.625. *n*.8. & *seqq. vsq; ad* 19. *cons*. 1053. *n*. 9. adonde declara la opinion q̃ auia tenido *en el cons*.205. haziendo la distinciõ de quando dispositiue vocantur descendentes ex linea vel per lineã masculinam, aut per virilem sexum, aut quando conditionaliter est vocata linea, vt quia dictum sit & *deficiente linea masculina*, *vel deficientibus ex linea masculina*, quia tunc fœmina agnata continetur.

115 Con lo qual, no solo queda prouado, que no ha llegado el caso de la sustitucion de don Lorenço, y don Francisco que se pretenden incluir por des-

descendientes de la hija mayor del Alcaide Iuan Valtodano, sino que si ella misma viuiera oy, doña Melchora se le auia de anteponer por hallarse en la linea de los varones agnados, y no auer faltado la condicion que puso el testador, ibi: *Por manera, que sea acauada la linea de los varones*, vt mirabiliter dixit Anton. Fab. *d. decad. 28. error. 10. n. 17. in fin.* ibi: *Quod si tractemus de liber. descendentibus per lineam masculinam, non in dispositione positis, sed in conditione tantum erit multò facilius, vt neptis ex filio eiusmodi liberorum numero contineatur ad excludendum substitutum, quia sufficit ad ipsius exclusionem quòd non sit vocatus, nisi sub conditione sic concepta, vt dubitari non posit quin ea defecerit superstite persona, quam certum sit cōtineri appellatione liberorum per lineam masculinam descendentium.* Idem tradit Fussarius *d. quaest. 346. n. 28. & n. 40.* Veroius *cons. 77.* Sesse *decis. 412. n. 21. & n. 23.*

116 Nec prædictis quidquam obstare poterit, el hallarse en esta clausula la diccion, por manera, Latine *ita quod*, aut *ita tamen*, quæ restrictiua orationis præcedentis solet esse, *vt in l. Lucius, §. qui habebat, ff. ad Trebell. l. Gallus, §. idem credendum in fin. ff. de liber. & posthum.* cum alijs cumulatis per Barboss. *dictione 182. n. 1.*

117 Quia respondetur potius dictionem hanc in fideicommissis, & vltimis voluntatibus extensiué, & ampliati fuisse adiectam, vt tradunt Angelus *in l. iuris ratio, ff. de leg.* Socinus, *cons. 241. in fin. & antea, cons. 99. n. 15. vol. 4.* Ruinus, *cons. 18. n. 7. & 8. vol. 1. & cons. 84. n. 2. vol. 3.* Curtius Senior, *cons. 49. n. 40. vers. confirmatur,* Parisius, *cons. 90. à n. 26. vol. 2.* Cenedus *singulari 39. num. 2.* Barbossa, *vbi supra, num 2.* Marta, *clausula 86. num. fin.*

118 Et in terminis huius controuersiæ, auiendoseles ofrecido el caso, lo resoluieron en fauor desta opinion Beroius *d. cons. 77.* per totum videndus, & præcipuè, *n. 16.* ibi: *Tamen in casu nostro, neque per lineam, neque ex linea dictum fuit, sed ita quod linea masculina* (scilicet) *deficeret, quæ verba licet quandoque ad limitationem, & declarationem verborum præcedentium largam significationem habentium. Veniant, attamen quando verba præcedentia habent certam, & propriam significationē, certamque de per se iuris determinationem, vt sunt illa, descendentes masculi in infinitum, quæ verè, & propriè descendentes per fœminam comprehendunt. Tunc ea verba, ita quod non stant declaratiuè, & restrictiuè, seu taxatiuè, sed potius augmentatiuè, extensiuè, & amplificatiuè, ergo, vt supra dicebam, stabunt ampliatiuè.*

119 Lo mismo, y en el mismo negocio aconsejò Alciato, *responso 127. lib. 9.* adonde despues de auerse conformado con el parecer de Agustin Beroio en el *n. 10.* concludit, ibi: *Intelligitur ergo illa clausula, ita quod linea masculina deficeret, neque superessent descendentes masculi, prout in institutione: in casu autem nostro supersunt, id est ipse Hercules. Neque est nouum, quod fiat ista interpretatio, vt aliquid simpliciter renunciatum intelligatur, saluis supradictis, & sic transeo cum opinione suprascripti dom. consulentis.*

120 Y lo mas propio, y natural desta diccion es, quod proferatur ad declarandam dispositionem præcedentem, *§. quoniam scimus, vers. & ita in auth. de testibus,* Menochius, *cons. 332. n. 1.* Alciatus vbi proxime, *num. 17.*

Vul-

Vulpellus *de præposit. sub dictione ipso iure, pag.* 54. Marta *de iurisdictione, part.* 4. *casu* 130. *n.* 8. Ruinus, *cons.* 18. *n.* 11. *vol.* 2. Parisius, *d. cons.* 90. *n.* 29. *lib.* 2. Capicius *decis.* 108. *n.* 8. Afflictis, *decis.* 248. *n.* 10. *in fin.* Barbossa *vbi proxime, n.* 7.

121 Deforma, que auer puesto el testador aquellas palabras, ibi: *E si acaeciere que vos el dicho Iuan Valtodano no tuuieredes fijo, ni fijos, nin nietos, nin descendientes varones legitimos*, en que parece auia comprehendido clara, y literalmente todos los sobrinos agnatos, descendientes del dicho Iuan Valtodano, que tambien lo era con el testador.

122 El añadir inmediatamente, ibi: *Por manera, que sea acauada la linea de los varones de vos Iuan Valtodano nuestro sobrino, y de los dichos vuestros fijos, è nietos, è descendientes varones dellos, è de cada vno dellos por la forma susodicha, como dicho es, en tal caso suceda la fija mayor, &c.*

123 No fue para limitar la disposicion que dexaua hecha, sino antes ampliandola declararla con la diccion *por manera*, y dar a entender, que no solo auian de faltar los varones, sino tambien su linea de cada vno dellos, en la qual se comprehende la hembra agnata, & ipsa superstite non dicitur finita linea virorum, vt supra laté demonstratum est.

124 Vnde manifesté conuincitur alia consideratio, quæ in presenti clausula afferri poterit, nempe, que en aquellas palabras, ibi: *E si acaeciere que vos el dicho Iuan Valtodano no tuuieredes fijo, ni fijos, ni nietos, nin descendientes varones legitimos*, no puede incluirse doña Melchora, ni hazer que faltasse la condicion por ser hembra, sino que precisamente ha de passar la sucession al substituto, aunque sea de otra linea, id quod aperté probatur ex celebri doctrina Bart. *in l. cum auus, n.* 4. *ff. de condit. & demonstrat.* vbi inquit, quód si testator disponet, quod si institutus decedat absque filijs masculis, restituat hereditatem Titio, quod si decedat absque filijs masculis, filijs verò fœminis relictis, nihilominus hereditas erit Titio restituenda, &c. Antonij Gomet. *cap.* 5. *tom.* 1. *variarum n.* 38. D. Molin. *d. lib.* 3. *cap.* 5. *n.* 30. *& seqq.* Castillo, *tom.* 2. *cap.* 4. *n.* 79. *& lib.* 5. *cap.* 92. *n.* 1. Gregor. Lopez, *in l.* 3. *tit.* 13. *part.* 6. *glossa* 2. *q.* 21.

125 Præfata enim consideratio ex Bart. doctrina deducta neutiquã casui nostro aptari potest, tum quia in casu Bartoli filij masculi fuerunt in conditione positi, & masculus etiam fuit substitutus, vt ex eius lectura apparet, at veró in nostra specie masculi fuerunt in conditione positi, & fœmina fuit substituta, vt patet ex verbis *seqq.* ibi: *Suceda la hija mayor.*

126 Tum quia præfata doctrina, Bart. intelligenda venit, en caso que el fundador trate de conseruar agnacion, vt in specie notarũt Philippus Corneus *in l.* 1. *n.* 2. *C. de condit. insertis*, Padilla *in l. cum acutissimi, n.* 22. *C. de fideicommissis*, Aluaradus *de coniecturis, lib.* 2. *cap.* 3. §. 4. *à n.* 37. Gutierrez *cons.* 73. *à n.* 32. id quod etiam in præsenti deficit, pues antes fue para hazer transito de los varones agnatos que auia llamado a las hembras, y sus descendientes.

127 Tum

127 Tum denique(y con esta respuesta se pone, nostro videri la voz a la raiz desta consideracion) porque en la inteligencia de la doctrina de Bart. y del señor Luis de Molina, que le siguió, se han de considerar dos casos, que los notaron los Adicionadores, *sub n.* 30. *vsque ad* 38. adonde despues de auer tratado de præfata Bart. doctrina, y de los doctores que la explicaron, recopilando toda la materia della, sequentia adiecta sunt verba, ibi: *Caterum in hac materia has conclusiones deducendas censemus.*

128 *Prima conclusio est quando masculus simpliciter vocatur nulla facta fœminarum mentione, tunc fœmina omni tempore, & in quocumque casu excludi debet, quia inclusio masculorum est perpetua exclusio fœminarũ vt in præsenti, n.* 31. *actum est.*

129 *Secunda conclusio est, quando fœminarum exclusio ita concipitur donec masculi extarent: hoc enim casu vita masculorum facit interim dormire, sed non expirare legitimam successionem fœminarum, vnde amoto impedimiento per masculorum obitum, ipsamet impedimenti amotio retrofingit impedimentum non fuisse Bald. cons.* 426. *n.* 3. & 4. *vol.* 3. *Petrus de Ancharrano, cons.* 339. *n.* 8. & *cons.* 220. *n.* 2. *Fabius de Ana, cons.* 53. *lib.* 1. *n.* 38. & 39. *Iacobus, Menochius, cons.* 105. *n.* 78. & 79. *vol.* 1. *Gail pract. obseruat. tit. de feudis, q.* 36. *part.* 1. *Henric. Rosentall. eodem tract. tom.* 1. *cap.* 7. *conclus.* 45. *num.* 15. *cum seqq.* & *ibi littera, R. fol. mihi* 531. *Aluarad. tract. de coniect. ment. defuncti lib.* 2. *cap.* 3. §. 4. *n.* 26. *Gregor. Lopez in l.* 3. *glossa* 2. *q.* 23. *tit.* 13. *p.* 6.

130 Vnde manifestè colligitur, quód quando fœmina secundúm dispositionis tenorem, non est in potentia, & habitu succedendi in maioratu, quia per omnimodam masculorum vocationem, omni tempore, & casu exclusa censetur, Bart. doctrina vera est, & recipienda, & tunc fœmina, masculis in conditione positis, non potest efficere, vt conditio deficiat, & sic de vna linea ad aliam, vbi substitutus inueniatur, fiet transitus.

131 At veró, quando fœminarum exclusio ita concipitur donec masculi extarent, provt in nostra specie accidit, adonde se hallan tantas clausulas con llamamientos de hembras a falta de los varones, y particularmente en esta de que tratamos, ibi: *suceda la hija mayor.* Tunc quia amoto impedimento per masculorum obitum, ipsaque impedimenti amotio retrofingit impedimentum non fuisset, es precisso confessar que la hembra, faciat deficere conditionem si sine filijs masculis, y que no se puede dar transito a otra linea: porque fuera quebrantar la regla de la *ley cum auus.* & *l. cum acutissimi*, vt claré innuit. D. Molina, *d. lib.* 3. *cap.* 5. *n.* 33. *in fine*, vbi *n.* 34. ita scripsit, ibi: *Cum igitur eadem ratio in vtroque militet, succedit rugula, quod verbum masculus fœminas etiam deficientibus masculis comprehendat.* De cuyos fundamentos los adicionadores sacaron las dos conclusiones que dexamos referidos que a la verdad de la contextura de los *numeros* 30. *vsque ad* 38. sobre que escriuieron, claré colligitur, que fue este su sentir, aunque no lo explicó tanto.

132 A esta clausula del num.27.de que auemos hecho mencion se sigue la 28.& 29.adonde formò el fundador llamamientos para el hijo segundo de la hija mayor, *y en la* 29.para la hija segunda, y sus hijos, y nietos, y descendientes varones, en que no se ofrece cosa que aduertir que pueda ser a proposito para el apoyo de la justicia de vna, y otras partes.

133 Et tandem, en la clausula *del n.*30.que fue la vltima a donde tratò de los descendientes de Diego Hernandez, y Iuan Valtodano puso las palabras siguientes. *E queremos, y nos place, que en quanto haze, toca, y atañe solamente a los dichos Diego Fernandez, è Iuan Valtodano nuestros sobrinos, è cada vno dellos ayan, y hereden, è sucedan en el dicho mayorazgo sus hijas legitimas, è cada vno dellos en defeto de varones legitimos de los dichos Diego Hernandez, è Iuan Valtodano, y de cada vno dellos, y segun, y como en esta escritura por nos està declarado, è dende en adelante en el dicho mayorazgo suceda, y lo aya varon legitimo de legitimo matrimonio, nacido: è vaya de varon en varon para siempre jamas, por linea masculina, prefiriendo el mayor al menor, y el varon a la hembra, y el sobrino al tio. E no puedan suceder, ni sucedan en los dichos bienes, è mayorazgo otras ningunas hembras, hijas, ni nietas, ni sucessoras, aunque prefieran en deudo, y en mayoria al varon. Saluo en defecto que no huuiere varon pariente dentro en el quarto grado de aquel por cuyo fallecimiento vacare el dicho mayorazgo.*

134 Desta clausula pretenderan sacar don Lorenço, y don Francisco dos consideraciones. La vna, que declarando mas el fundador su concepto, no quiso que en este mayorazgo sucediessen otras hembras ningunas mas que las hijas de Diego Fernandez, y del Alcaide, en que no se puede comprehender doña Melchora, que es viznieta, la qual, con las demas sucessoras està excluyda. La otra, que hallandose ellos varones, descendientes de la hija mayor del Alcaide, ha llegado el caso de su llamamiento.

135 Idque probare contendent ex dictione illa *tan solamente*, quod indicat restrictionem, & excludit alias personas præter expressas, *l.*3.*§.cum Titio, ff.de adim.leg.l.*2.*C.de leg.cap.cũ Ecclesia de V.S.Clẽ.*1.*de sequast. poss.cap.statutum, §.in nullo de rescript.in 6.cap.*1.*de iur. iur.* cum alijs cumulatis à Barbosa, *dictione 97.n.*4.

136 Et ex verbis *seqq.* ibi: *E no puedan suceder, ni sucedan otras ningunas hembras, hijas, ni nietas, ni sucessoras. &c.* iunctis traditis à Bart.*n.*3.*in l. de his, ff.de transact.l.cum hi, ff.eodem*, Mantica *de coniecturis, lib.*11.*& tit.*8.*n.*12. Farinac.*decis.*16.*num.*2.*part.*2.*in recent.* Barboss. *dictione* 220.*& clausul.*81.

137 Verũ antea quam ad satisfactionem obiectorum procedamus, aduertere libet, que no les seria de importancia alguna a estas partes mostrar la exclusion de doña Melchora, si copulatiuamente no prouassen su llamamiento, y inclusion, *l.& si §.filius, ff.de bon.libert.l.siue, §.fin.ff. de iure patron.l.post mortem, §.liberi, ff.de bon.poss.contra tab.* ibi: *Quod qui sibi ipsi*

pro-

314

prodesse non potest, non debet alij obesse, l.9.tit.13.p.6. ibi: *E demas se me farà estraña cosa q̃ ella pudiesse fazer daño à otri segun ley, non mereciendo, nin viniendo à ella ninguna pro.* tradunt Bart. *in l.2.§.sed et si, ff. ad Trebell.* ibi: *Si statutũ dicat, quod filia fœmina non succedat stantibus liberis, intelligitur stantibus liberis qui succedant patri,* Bald. *in l. si quis filium, C. de inof. testam.* vbi concludit fratrem consanguineum excludentem sororem, eam non excludere si ipse succedere non potest, Tiraquellus *in l. si vnquam* verbo *susceperit, n.107.* ibi: *Ideoque etiam in simili dicemus, statutum ex quo masculi repellunt fœminas ad successionem, intelligi si ipsi masculi quorum fauore fit ea exclusio succedant non aliàs* Angelus *cons.68.n. 2.* Ruin. *cons. 107.n.8.lib.3.* Socin.iun. *cons.35.n.26.vol.4.* Surdus, *cons.416.num.15.* ibi: *Quia mater statuto exclusa eatenus debet intelligi exclusa, quatenus ille admittatur, cuius contemplatione fuit exclusa* plures laudans Fusarius *de subst.q.318.n.303.*

138 Y la razon destas dotrinas es; porq̃ no prouando estas partes su inclusion con la exclusion de doña Melchora, a ella le basta hallarse en la linea que possee para que se le dè la Tenuta, sin embargo de sus contradiciones, iuxta textum, *in cap.1. §. inter filiam si de feu. defunct. cent. sit inter dom. & agnat.* ibi: *Apud filiam possessionem interim esse collocandam,* & in vers. *defuncti eiusdem, §.* ibi: *Respondi filiam in possessionem feudi manere debere, donec de eo iudicetur, & quæ tradit* D.Molina *d.lib.3.cap.4.n.41.* vbi Addit. plures cumulauit.

139 Quibus ita ex abundanti deductis constat aperté, que por esta clausula no se pueden embarazar los llamamientos que auemos probado tiene doña Melchora en su fauor anteriores al que estas partes pueden pretender, y que por esta clausula, quando se huuiera de juzgar por ella, le tiene claro, y literal, y las partes contrarias exclusiõ expresa, id quod ex seqq. probatur.

140 Lo primero: porque auer dicho el testador, que en quanto toca solamente a Diego Hernandez, y al Alcaide sus sobrinos sucedan las hijas dellos a falta de varones, segun, y como en la fundacion lo auia declarado, no fue añadir circunstancia, ni calidad alguna mas de las que dexaua puestas por todos los llamamientos tan dilatados que auia hecho, que eran anteponer, y dar prelacion a todos los varones agnatos en competencia de las hembras de otras qualesquiera lineas, supuesto que los auia llamado cõ la calidad de varones, por linea derecha masculina.

141 Id enim denotant verba illa, *segun, y como en esta escritura por nos està declarado,* quæ repetitiua sunt præcedentium cum omnibus suis conditionibus, & qualitatibus, l.1.§.hoc edicto, vbi notat, Bart. ff. de postul. & ex pluibus tradunt Salcedo de repręsentatione, lib.2.cap.25. n.5. & cap. 26.n.46. Barbossa, dict.366.n.vlt.

142 Et totam dispositionem qualificant singula singulis congrué referendo l.quoties 10.C.fam.hercisc. Riminald. Iun. cons. 244.n.307. lib.2.

Ro-

Rodericus Suarez, alleg. 14.n.10. Farinac. decis. 555. num. 6. in recent. 2. parte, Garcia in diuis. operis de nobilit. n. 50. Peregrinus, artic. 29. n. 17. Surdus, cons. 315. n. 13. Fusarius, q. 403. n. 39. D. Molin. lib. 3. cap. 5. n. 65. vbi Addit. sub n. 64. in fin. Vela, disertat. 49. à n. 12.

143 Con lo qual, non solum visus fuit fundator euertere los dos llamamientos que dexamos ponderados en la persona de doña Melchora, el vno por la clausula, prefiriendo *el varon a la hembra*, &c. iuxta d. ex n. 41. *& seq.* Y el otro por la clausula, *de forma, que sea acauada la linea de los varones*, de quo supra n. 102. & seq. Sino q̃ antes los dexo calificados, adeo, que si oy, ô en el tiempo que vacó este mayorazgo llegaran a competir las hijas inmediatas del Alcaide con doña Melchora, que se halla en la linea del vltimo poseedor, fuera preciso que se huuiesse de anteponer a ellas: porque fuera grande absurdo que se quebrantara la regla, y atropellara la prerogatiua que ocupa como hembra agnata, a quien asiste todo el derecho, y no repugna la voluntad, y conuienen las palabras de la fundacion, por darla a las partes contrarias, que son de mas remotas lineas, y adonde nunca entró la sucesion, aduersus textum *in d. cap. 1. de nat. success. feud. l. cum ita §. in fideicommiso, ff. de leg. 2.* ibi: *Et qui ex his primo gradu procreati sunt* Socin. Sen. *cons. 49. à n. 9. vol. 1.* D. Molin. *lib. 1. cap. 3. n. 21. & lib. 3. cap. 6. n. 30.* Paz de *Tenuta, cap. 35. num. 11.* Casanat. *cons. 38. n. 114.* Pater Molin. *disput. 625. n. 5.* Robles *lib. 3. cap. 11. num. 36.*

144 Por cuyos fundamentos, y otros enterminos, mouiò la question D. Iuan del Castillo lib. 5. cap. 92. Y auiendo puesto num. 19. la opinion contraria, despues desde el num. 34. fundô la que haze à fauor de doña Melchora, & maximê, num. 58. & tandem, num. 60. ita scripsit, ibi: *Et verè cũ in defectum masculorum descendentium filia institutoris vocatur adiecto pronomine mea magis dilectæ censentur filiæ, & fœminæ descendentes ex masculo vltimo possessore, quam filiæ institutoris descendentes, cum eisdem expressa prælatio data nõ est, nec in filia sucesio principium sumpsit, prout latè obseruaui supra, & multum ad propositũ facit Cephalus cons. 413. ex nu. 15. cum seqq. lib. 3. qui in eo dubio anneptes ex filio, vel filius ex filia admittẽdi sint ad substitutionem factam, quod deficiẽte linea masculina substituatur filia, vel fœmina adducit nõnulla, quæ etiã in fortioribus terminis vrgere vidẽtur prout latius, ibi.*

145 Lo segnndo, porque la exclusion de las hijas, nietas, y sucessoras, q̃ puso el Fũdador en esta clausula fue, para quãdo se huuiessen acabado todos los llamamiẽtos de los varones agnatos, y de las hembras que dexaba hechos, pues siendo los vltimos los de las hijas del Alcayde, y inmediatos â esta clausula, adiecit, ibi: *E dende en adelãte en el dicho maiorazgo suceda, y lo aya varon legitimo*, & inferius, ibi: *E no puedã suceder otras ningunas hembras, hijas, ni nietas, ni sucessoras, &c.*

146 Vbi notanda dictio illa: *E dende en adelante*, Latine *deinceps*, quæ est indicatiua futuri temporis, *l. sed, & si conditioni, §. nepotes, ff. de hered. inst.* ibi: *Nepotes autem, & deinceps cæteri liberi, l. iubemus, ff. ad Trebell. l. cum acutissimi, C. de fideicom. l. quoties, C. de suis, & leg. hered. l. 3. ff. de gradibus, l. pronuntiatio, vers. Iure enim proprio, ff. de verb. sign. l. 2. tit. 6. p. 4. glos. in Clem. eos de regular.* verb.

De

315

De inceps, & ex Alberico *in l. Seia in fine, ff. de vsur.* Oldradus *cons.* 510 *num.* 3 Menochius *cons.* 462 *num* 11. Honded. *cons.* 96. *num.* 3. *lib.* 2. Barbossa *dict.* 84. *num.* 1. vbi: *num.* 3 ibi: *Et est eadem cum dictione, deinde, siue posteà,* in terminis Casanat. *cons.* 38. *num.* 98. ibi: *Et confirmatur, nam in prædicta clausula dixerunt disponentes: E assi vaya de ay en adelante, quæ verba, de ay en adelante, sicut restrictiua, & dispositionem limitant, & restringunt ad casum specialem, & indiuiduum expressum, nempè ad substitutiones, & lineas subsequentes, & omnem prorsus extensionem excludunt ad substitutionem, & lineas antecedentes.*

147 Con lo qual esta exclusion de las hembras, que compitieren la sucesion, serâ aproposito para quando se ayan acabado todos los descendiẽtes varones, y hembras de Diego Fernandez, y del Alcayde, que oy son tantos como se manifiesta por el Arbol, porque antes no podrá tener lugar la clausula en esta parte, iuxt. text. in l. Lucius, ff. de hered. inst. l. ex facto, §. si quis autem, ff. ad Trebell. Bart. in l. liberorum de verb. signif. num. 18. Gregor. in l. 2. tit. 15. part. 2. verb. La fija mayor, Suarez in l. quoniam in prioribus in princip. amplat. 11. num. 15. D. Molin. lib. 3. cap. 10. num. 20. Gomet. in l. 40. Taur. num. 59. Gutier. 1. Canonic. cap. 14. num. 54. & pract. lib. 3. q. 68. num. 21. Castillo lib. 5. cap. 93. num. 8. vers. Sexta, Salzedus de repræsent. lib. 2. cap. 30. num. 25.

148 Y entonces se aurâ de aueriguar, si por auerse reducido vna vez el mayorazgo à regular, y resueltose la voluntad del Fundador en la potestad del derecho, vt ex l. indé Nerat. ff. de vsufruct. ac cresc. l. interdum, §. 1. ff. de hered. instit. vbi glos. verb. Resoluitur, ibi: *Voluntatem testatoris in potestatem iuris resolui,* cum alijs cumulatis sup. Podrá ya tener lugar lo dispuesto en esta clausula, de quo non contendimus in præsenti.

149 Lo tercero, porque quando sin perjuyzio de la verdad, concedieramos à todos los que compiten la sucesion deste mayorazgo, que por esta clausula estauan excluydas las hembras, in infinitum, y tambien para el caso presente, conforme á su tenor, es llana la inclusion de doña Melchora, y la exclusion de todos sus contrarios, pues la exclusiõ de las hembras, no fue mas que para en caso que no huuiesse varon dentro del quarto grado, de aquel por quien vacasse el mayorazgo, como lo indica la aduersatiua, in fine posita, ibi: *Saluo en defecto que no huuiere varon pariente dentro del quarto grado de aquel per cuyo fallecimiento vacare el dicho mayorazgo.*

150 Et tamen constat, que ninguno de los que oy litigan, ni litigaron al tiempo de la vacante esté oy, ni estuuo dentro del quarto grado con Pedro del Salto, vltimo posseedor, haziendose como deue la computacion, conforme al derecho ciuil, *l.* 3. *tit.* 6. *part.* 4. vbi Gregor. glos. verb. *Heredar,* glos. *in §. hactenus inst. de gradibus* Bald. *in l. fin. ff. de success. edict. num.* 7. D. Couar. *de sponsal.* 2. *part. cap.* 6. §. 6. *nu.* 8. Escobar *de ratiocinijs comput.* 13. *num.* 2. & 3. Petrus Surd. *cons.* 5. *num.* 20. Marta *de success. legal.* 3. *part. quæst.* 2. *art.* 2. *num* 22. Mier. *de maiorat* 2. *part. quæst.* 7. *num.* 1. 2. & *seqq.* Pater Thom. Sanchez *de matrim. lib.* 5. *disp.* 50. *num* 8. & per totam Castillo

 lib. 5.

*lib.5.cap.67.num.*42.Barbos.*in collect.ad textum in cap.fin.de consanguin. & affinit.num.*3.*&* 4.Vbi alios laudat nouissimè Fragoso *de regim.reipub. 3.part.lib.9.disp.20.§.5 num.*37.Vbi ait ita obseruandum argumento feudi,in quo graduum computatio fit secundum ius ciuile.

151 Neque prædictam resolutionem euertere poterunt ea quæ Ceuallos cumulauit,*quæst.*398.*à num.9.*vbi fundare nisus fuit in controuersia orta super Capellania á Sacerdote quodam fundata computationē graduū faciendam secundum ius Canonicum. Tûm,porque el caso es totalmente diuerso del nuestro,y aun en el non admittendam fore Ceuall.assertionem se potius inspecto iure ciuili computationem faciendam tradunt Nicolaus Garcia *de beneficijs 7.part.capit.*15.*numer.*25.*& seqq.*Castillo *d.capit.67. num.*43.

152 En la clausula del *num.*31.passó el Fundador á llamar el pariente varon mas propinquo,dentro del quarto grado,de aquel por cuya muerte vacare el mayorazgo,y á falta dél à la hija, ô hembra mas cercana del vltimo posseedor:pero todo esso dize ha de ser despues que se ayā acabado los llamados,y sus descendientes,de que se podrá tratar quando llegue la ocasion,y en las demas clausulas hasta la del *num.*41.que es la vltima,no ay cosa particular que sea necessario aduertirla para poder tomar resolucion en la controuersia presente.

153 Conforme á lo qual,que es lo que con mayor breuedad, y ajustamiento á la disposicion del Fūdador,auemos podido reconocer, deseamos saber adonde està la euidencia de los llamamientos de don Lorenço, y don Francisco,adonde la exclusion clara de doña Melchora,que de vno,y otro necessitan para vencer,como lo dexamos aduertido,y mas quando tratan de introduzir vna cosa tan odiosa,como es sacar la sucession deste mayorazgo de la linea masculina del Alcayde, para introduzirla en la femenina, y de los cognatos,aunque sean varones,qua in specie D. Valenç.*d.cons.97.n.*110.similia protulit verba,ibi:*Et in materia priuatiua,exclusiua, & odiosa,illud tantum amissionē inducit,quod reperitur expressum,authen.de nō elig.secund.nubent.§.1.collat.1.cuius ad hoc meminit Bald.in auth.ex testamento,num.9.C.de sec.nupt. & dicere aut velle intelligere, quod adsit fœminarum exclusio,vbi non est expressa,siue quod masculi alterius, & posterioris lineæ ipsas excludant,est res odiosa, & contra rationem,d.l.maximum vitium,C.de lib.præterit.§.cæterum inst.de legit ag.success.& cum cōtineat quādam veluti exheredat. etiam si adesset expressa exclusio, restringenda erat respectu masculorum eiusdem gradus, & lineæ,quia hoc est magis iuri consonum,*iunctis traditis ad Molin.*lib.3.cap.4.nu.15.& 18.& cap. 5.num.*52.Ioan.Gutier.*cons.*13.*à num.9.*& maximé *num.*18.Vela *disertat. 49.num.*52.nouissimé Fragoso *de regim.reipub.p.3.lib.9.disp.* 18.*§.4. n.12. in fine,& disput.20.§.5.n.53.*

154 Y mas con el presupuesto que van de incluirse,por dezir,que el Fūdador quiso conseruar agnacion artificiosa,sacādo varones de las hembras, hijas

hijas inmediatas del Alcayde, por donde discurriesse la sucesion, porque ademas de que este fundamento es quimerico, y que ni el testador quando lo huuiera expressado lo pudiera conseguir siempre que huuiesse agnacion, donde de verdad no la ay, ni las partes contrarias con su assercion la puedẽ calificar, iuxt. ea quæ lato calamo fundauit D. Valençuel. *d. conf. 97. nu. 60. & duobus seqq.*

155 Lo cierto, y assentado es, que el testador no expressò tal cosa, ni su animo fue otro, mas que afiançar la perpetuidad del mayorazgo, dando prelacion en quanto fuesse possible a los varones agnatos, y despues a las hembras descendientes de Diego Fernãdez, y del Alcayde, pues las llamó, y hizo cabeças de lineas, qua in specie, nec vera, nec ficta agnatio subsistere potest, vt tradunt Hieronymus Grat. *conf.* 120. *num.* 48. verf. *Item dico lib.* 2. Crauet. *conf.* 985. *num.* 5. *vol.* 6. Beroius *conf.* 77. *num.* 22. *vol.* 2. Ant. Bellon. *conf.* 73. *n.* 5. ibi: *Aut enim testator primordialiter vocauit filiam, seu aliam fœminam, & post eam vocauit eius filios, aut descendẽtes masculos, & in eo casu verum est huiusmodi testatorem, neque agnationis conseruandæ rationem habuisse* D. Larrea *decis.* 34. *n.* 49. ibi: *Vndè ferendum non est, vt quoties à fœmina, vel eius descendentibus cognatis, successio originem sumpsit, posse imaginariam, & fictitiam agnationem locum habere, quia repugnat incapacitas vocati.*

156 Ex quibus omnibus concludimus, que si de los tres estados que se pueden considerar en los pleytos de tenuta, tocan los dos á doña Melchora para vencer, nempé el claro, y el dudoso, iuxt. D. Molin. resolut. *lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 37. Mieres 2. *part. quæst.* 6. *num.* 97. Castill. *cap.* 129. *à num.* 55. D. Valençuel. *conf.* 97. *num.* 71. Casanat. *conf.* 38. *num.* 78. Gutier. *conf.* 13. *num.* 14. Lara *de vita hom. cap.* 30. *num.* 88. Dom. Larrea *decis.* 34. *num.* 29. Vela *disert.* 49. *num.* 51.

157 Parece que pudiera ceder el dudoso, porque tiene justicia clara. Salua in omnibus. D. V. D. E.